الكتب القانونية

مبادئ القانون

١- المدخل للقانون: القاعدة القانونية - الحق
٢- الالتزامات: المصادر - الأحكام - الاثبات

دكتور
همام محمد محمود

دكتور
محمد حسين منصور

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

مبادئ القانون

١- المدخل للقانون: القاعدة القانونية - الحق
٢- الالتزامات: المصادر - الأحكام - الاثبات

دكتور
همام محمد محمود

دكتور
محمد حسين منصور

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

القانون باعتباره مجموعة القواعد الملزمة المقترنة بالجزاء والمنظمة للسلوك في المجتمع يعد ضرورة اجتماعية بالاضافة الى كونه ظاهرة اجتماعية .

اذ لا مجتمع بغير قانون ولا قانون بغير مجتمع(١) .

وهو في مهمته التنظيمية هذه يسعى الى تحقيق التوازن بين مصالح الافراد في سعيهم لاشباع حاجاتهم وبين مصلحة الجماعة . ولاشك أن صيغة التوازن المختارة تأتي انعكاسا للنظام الاقتصادي ، الاجتماعي والسياسي السائد في المجتمع (٢) . بجانب هذا فان القانون يسعى الى توفير الامن والنظام في المجتمع كما يعمل على تحقيق الاستقرار في الاوضاع والمراكز توفيرا للثقة في

---

(١) انظر د. نعمان محمد خليل جمعة « دروس في المدخل للعلوم القانونية » ١٩٧٩ - دار النهضة العربية ص ٥ وانظر د. شمس الدين الوكيل « المدخل لدراسة القانون » ١٩٦٥ - ١٩٦٦ ص ٩ .

(٢) - انظر

BoRis STARck. — Droit civil . introduction - 1976 — Librairies techniques - P. 15 - 20 .

فمن الناحية الاقتصادية لاشك أن القواعد القانونية تختلف في ظل نظام الاقتصاد الحر عنه في ظل نظام الاقتصاد الموجه (الملكية الخاصة لجميع وسائل الانتاج بالاضافة الى الحرية التعاقدية في ظل النظام الاول بالمقابلة لظهور ملكية الدولة بالنسبة لوسائل الانتاج الاساسية والقيود الهامة المفروضة على الحرية التعاقدية في ظل النظام الثاني . من الناحية الاجتماعية فان الكثير من القواعد القانونية تأتي تحقيقا لاهداف اجتماعية مثال ذلك قانون الاصلاح الزراعي - اشراك العمال في الارباح وفي مجالس ادارة الشركات - القوانين المنظمة للحد الادنى للاجور . من الناحية السياسية فان القواعد القانونية تختلف باختلاف النظام السياسي السائد (نظام ملكي - جمهوري ، نظام ديكتاتوري - نظام ديموقراطي) سواء على مستوى القواعد المنظمة لاجهزة الدولة وعلاقاتها

التعـامل (١) ٠

ـ وسيلة القانون فى تحقيق هذا التوازن هى تقرير الحقوق والواجبات٠ وذلك ببيان ما يتمتع به كل فرد المجتمع من حقوق وما يلتزم به من واجبات ٠ وتتوثق الصلة بين الحق والواجب بحيث يمكن اعتبار أحـدهما وجه للآخر ، فالواجب المفروض على شخص يقصد به تأكيد حق من الحقوق (٢) ٠ وهكـذا يمكن تعريف الحق بأنه أستئثار يحميه القانون (٣) ٠

ذلك يبين الصلة بين القانون والحق ، فالقاعدة القانونية هى التى تقرر الحقوق ٠ وترسم حدودها ٠ وتفرض حمايتها (٤) ٠

هذا يدعونا الى تقسيم الدراسة الى قسمين :

ـ القاعـدة القانونية ٠

ـ الحـق ٠

فيمـا بينها أو تلك المنظمة لعـلاقة الفرد بالدولة (القواعد المنظمـة لحريات الافراد ـ النظام القضائى ٠٠) ٠

(١) انظر د ٠ نعمان جمعة ـ المرجع السابق ٠ (انظر نماذج تلكالقواعد الحامية لحيـاة وممتلكات الافراد ـ انظر القواعد المنظمـة للعقود والمعـاملات مثال ذلك قواعد التقادم المكسب والمسقط) ٠

(٢) انظر د ٠ جميل الشرقاوى « مبادىء القانون » ـ دار النهضة العربية ص ٤ ٠

(٣) د٠ حسن كيرة « المدخل الى القانون » الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ـ منشأة المعارف بالاسكندرية ـ ص ١٣ ٠ فحق الملكية يخول لصاحبه سلطةعلى محل الملكية واستئثار به يلتزم الكافة باحترام حقه عليه ٠ كما أنه قـد يكون للشخص حق دائنية قبل غيره من الاشخاص فيمكن بمقتضاه من مطالبته بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ٠ هذا الحق يجعل صاحبه فى مركز ممتـاز سواء بالنسبة الى الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهـذا الالتزام ، أو بالنسبة للكافة لانفراده دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة ٠

(٤) مع ذلك يثور التساؤل حول ما اذا كانت جميع الحقوق وليدةالقواعد القانونية أم أن القواعد وجدت لتنظيم بعض الحقوق الثابتة للانسان وأن دورها

الا أنه باعتبار أن المقصود بجانب الالمـام بالمبادىء العامة للقانون ، اعطاء جرعة عن مبادىء القانون الخاص ، فاننا نضيف الى القسمين السابقين اللذين يشملهما الكتاب الاول « المدخل للقانون ، » كتاب ثانى ينصب اهتمامه على الالتزامات ٠

قاصر على حماية هذه الحقوق ٠ انظر د٠ شمس الدين الوكيل ٠ المرجع السابق ص ٢ ٠

خطة البحث :

كتاب اول : المدخل للقـانون

قسم أول : القاعدة القانونية .

قسـم ثاني : الحـق .

كتاب ثاني : الالتزامات

قسم أول : مصـادر الالتزام .

قسم ثاني : أحكام الالتزام .

الكتاب الأول

المدخل للقانون

دكتور
همام محمد محمود

الكتـــاب الاول

المدخل للقـــانون

من الطبيعى أن يأتى المدخل للقانون فى الترتيب قبل المبادىء الاساسية للقانون الخاص باعتباره يعد الدارس لتلقى اللغة القانونية ويساهم فى تكوين أسس العقلية القانونية ٠

القســم الاول

القــــاعدة القــانونية

المبادىء الاساسية الممهدة للدراسة القانونية لا تخص قانون وطنى بعينه كما أنها لا تقتصر على فرع بذاته من فروع القانون ، انما المقصود منها التعرف على الاصول والمبادىء التى تحكم القاعدة القانونية فى ذاتها بدراسة تكوينها ، وتطبيقها وتفسيرها ٠ الا أن تعدد مدلولات اصطلاح القانون يقتضى منا بداءة أن نحدد الخصائص المميزة للقاعدة القانونية والعلم بالاسس والمعايير المتخـذة أساسا لتصنيفهـا ٠

بذلك تتحدد موضوعات هذا القسم على النحو الآتى :

الباب الاول : تعريف القاعدة القانونية ٠

الباب الثانى : تقسيم القاعدة القانونية ٠

الباب الثالث : مصادر القاعدة القانونية ٠

الباب الرابع : تطبيق القاعدة القانونية ٠

الباب الاول : تعريف القاعدة القانونية

تمهيـــد :

تعدد مدلولات اصطلاح القانون ـ تحديد المقصود منه :

يستخدم اصطلاح القانون بالمعنى الواسع فى مجـال العلوم الطبيعية ، الاقتصادية • والرياضية للدلالة على القـــاعدة التى تبين النتـائج المطردة فى العلاقة بين ظاهرتين • ذلك هو الشأن حين نتكلم عن قانون الجاذبية الارضـية أو قانون العرض والطلب وهكذا دواليك • فالاول يدل على انجذاب الأجسام نحو الارض • والثـانى يفيد تأثر الاســـعار والاجور بالتوازن بين المعروض والمطلوب من السـلعة •

فى مجال الدراسة القانونية ، للقانون معنى أساسى نتوقف عنده بالتحليل والدراسة ومعانى أخرى فرعية من الواجب توجيه النظر اليها تجنبا للخلط •

فقد يستخدم القانون للدلالة على مجموعة القواعد التى تصدرها السلطة التشريعية فى مجال معين شأن قانون تنظيم الجامعات • قانون الاصلاح الزراعى وغيره من القوانين • القانون فى هذا المقام يدل على مصدر من مصادر القانون وهو التشريع الصادر من السلطة التشريعية وبذلك لا يختلط بالقانون كمعنى مجرد يقصد به القاعدة التنظيمية للسلوك أيا كان مصـدرها • نكل تشريع قانون وليس كل قانون تشريع •

كما قد يطلق اصطلاح القانون موصوفا للدلالة على فرع معين من فروع القانون عند ذلك يكون المقصود من الاصطلاح هو الدلالة على القواعد التنظيمية للسلوك فى فرع معين من الفروع : فى العلاقات الخاصة عموما شأن القـانون المدنى • أو فى نطاق الاعمال التجارية ونشاط التجار شأن القانون التجارى أو الاوامر والنواهى فى مجال الحفاظ على الانفس والاموال فى حالة القـانون الجنـــائى •

أخيرا قد يستخدم اصطلاح القانون لتحقيق المقابلة بين القانون الوضعى والقانون الطبيعى • فيقصد بالاول مجموعة القواعد القانونية المطبقة فعلا فى دولة معينة بينما يراد بالثانى مجموعة القواعد والمبادىء المثالية التى يستهدى بها القـانون الوضـعى •

الا أن دراستنا تنصرف للقانون فى معنـاه الاساسى باعتباره مجمـوعة القواعد الملزمة المقترنة بالجزاء المنظمة للسلوك فى الجماعة ٠

من هذا التعريف نستخلص خصائص القاعدة القانونية من ناحية ونبين من نحية أخرى مكان القـاعدة القانونية من القواعـد الاجتماعية الاخرى التى تشارك فى تنظيم السلوك فى المجتمع ٠

فصل أول : خصائص القاعدة القانونية ٠

فصل ثانى : مكان القاعدة القانونية من القواعد الاجتماعية ٠

الفصل الاول

خصائص القاعدة القانونية

من تعريف القاعدة القانونية نستنتج الخصائص الآتية :

- قاعدة سلوك ٠
- قاعدة مجردة ٠
- قاعدة اجتماعية ٠
- قاعدة مقترنة بالجزاء الذى تفرضه السلطة العامة ٠

هذه الخصائص منها ما هو مشترك مع القواعد الاجتماعية الاخرى ذلك شأن الخصيصتين الاوليين ٠
ومنها ما تنفرد به القاعدة القانونية عن غيرها شأن الخصيصتين التاليتين٠

(١) قاعدة سلوك :

يقصد بهذه الخصيصة معنيان :

الاول : باعتبار أن الغرض من القاعدة القانونية هو تنظيم السلوك ، فان اهتمامها الاساسى ينصرف الى السلوك الخارجى للافراد دون نواياهم ٠

ومع ذلك لا يعدم القانون اهتماما بالنوايا والبواعث الداخلية اذا ارتبطت بالسلوك الخارجى للافراد ٠ مثال ذلك أن لا يهتم بالرغبة الاكيدة لدى الشخص فى قتل عدو له اذا لم يأخذ فى سبيل تحقيق رغبته أى مسلك خارجى يهدد حياة الشخص الآخر ٠ بينما يعتد القانون بهذه النية وهذا القصد اذا ما اقدم الشخص على تحقيق غرضه بقتل عدوه ٠ فيعامله معاملة مختلفة على ذلك الذى قتل غيره بغير ترصد كما يعامله معاملة مختلفة عن ذلك الذى تسبب باهماله فى قتل غيره بغير قصد لديه ٠ كذلك فى نطاق القانون المدنى يكون لحسن او سوء النية أثر اذا ما ارتبط ذلك بسلوك خارجى فى مجال التعاقد يظهر ذلك فى الفارق بين الاستغلال كعيب من عيوب الرضا الذى يقتضى استغلال الطيش البين او الهوى الجامح من جانب الطرف الآخر فى سبيل تحقيق فائدة غير متوازنة ٠ بينما نكون بصدد عيب فى العقد (غبن) اذا كان عدم التعادل فى الالتزامات غير راجع لاستغلال ضعف المتعاقد ٠

الثانى : ان القاعدة القانونية هى قاعدة تقويمية يراد بها توجيه السلوك وجهة معينة ، وليست قاعدة تقديرية تقر الواقع كما هو(١) •

هذا التوجيه للسلوك قد يكون بطريقة مباشرة كما هو الشأن حيث تتضمن القاعدة أمر أو نهى • شأن القاعدة التى تلزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع وكما هو شأن القاعدة التى تنهى عن الاعتداء على الارواح أو الاموال •

كما قد يكون توجيه السلوك بطريقة غير مباشرة حيث تتضمن القاعدة تعريفا أو تنظيما • ذلك شأن القاعدة المعرفة لسن الرشد (م ٤٤) سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة فهذا النص يفيد أن من بلغ هذه السن متمتعا بقواه العقلية غير محجورا عليه يكون متمتعا بكامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، كما تفيد خضوع من لم يبلغ هذه السن للتنظيم القانونى لتصرفات القصر • الامر كذلك بخصوص النصوص المنظمة للاختصاص القضائى ، فهذه تسند الاختصاص بنظر المنازعة لمحكمة معينة متوجهة بخطابها الى الأفراد والى المحاكم •

- هذه الخصيصة مشتركة بين القاعدة القانونية وبين بعض القواعد الاجتماعية الاخرى باعتبار أنها تقصد هى الاخرى توجيه سلوك الافراد وجهة معينة وبالتالى تأخذ الطابع التقويمى (الاخلاق - المجاملات والتقاليد - أوامر الدين) كما أنه وان كان بعضها يهتم بالنوايا استقلالا عن السلوك ، فان بعضها الآخر لا يهتم بالنوايا الا من حيث ارتباطها بالسلوك الخارجى ذلك شأن المجاملات والتقاليد •

(٢) قاعدة مجردة :

يقصد بالتجريد أن خطاب القاعدة القانونية لا يتوجه الى شخص بعينه أو واقعة بذاتها وانما العبرة فيه تكون بعموم الصفة وبتحقق الشروط ، بحيث تنطبق على كل واقعة تحقق بشأنها الشروط المتطلبة وعلى كل شخص اجتمعت فيه الصفات المستلزمة •

التحقق من توافر التجريد فى القاعدة القانونية يكون أيسر فى حالة تحليلها الى عنصريها من فرض • وحكم • فعلى ما هو معروف فان الفرض هو المركز أو الوضع الذى ان تحقق وجب اعمال الحكم • كما أن الحكم يعرف على أنه الاثر الذى يوجبه القانون اذا تحقق الفرض •

---

(١) القواعد المقننة للعلاقة بين الظواهر الطبيعية • مثال ذلك قانون الجاذبية الارضية - قانون الغليان

من الامثلة الموضحة لتجريد القاعدة القانونية فى حالة مخاطبتها للاشخاص ، القاعدة المحددة لسن الرشد باحدى وعشرين سنة كاملة ـ فالفرض المجرد يتمثل فى بلوغ أى شخص لسن ٢١ عاما ٠ والحكم هو أعتباره بغض النظر عن شخصه بالغا لسن الرشد متمتعا بكامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية طالما بلغ هـذه السن متمتعا بقواه العقلية غير محجورا عليـه ٠ ومن أمثلة القواعد القانونية المجردة بخصوص الوقائع تلك التى ترتب بدء الشخصيـة على ولادة الانسان حيا وقابلا للحياة ٠ كذلك شأن الاحكام الخاصة بالالتصاق (م ٩١٨) الارض التى تتكـون من طمى يجلبه النهر بطـريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » ٠ ففى كل حالة يتحقق فيها التصاق الطمى الذى يجلبه النهـر للاراضى المجاورة بالشـروط المبينـة فى النص (الفرض) ، تثبت ملكية الجزء الملتصق لصاحب الارض (حكم) ٠

ـ الا أن تجريد القاعدة القانونية لا يتعارض مع تحديد نطاق تطبيقها من حيث الزمان كما هو شأن القواعد التى يتحدد تطبيقها بفترة اعلان الاحكام العرفية أو فى زمن الحرب (مثال ذلك قواعد صرف المواد الغذائية بالبطاقات) ، اذ أن هذه القواعد تنطبق على أى شخص أو واقعة يتحقق فيها الشروط المتطلبة أو يتوافر لديه الصـفة المحددة ٠ كذلك لا يتعـارض مع تجريد القـاعدة تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان كمـا هو الشـأن فى القواعد التى تمنح بدلات للموظفين فى أجزاء من اقليم الدولة ٠ كذلك هو شأن الدولة الفيدرالية حيث تختص ولاية دون أخرى ببعض القواعد ٠ اذ العبرة فى خطاب القاعـدة بعموم الصفة وليس بخصوص الذات ٠

ـ الامر نفسه حيث يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية بطائفة من الاشخاص كما هو شأن القواعد المنظمة لمهنة المحاماة أو الجامعة فهى وان اقتصر تطبيقها على العاملين بها فانها تنطبق على كل من يعمل فيها بغض النظر عن شخصه وطالما أن الدخول فى نطاق هذه الطـوائف غير ممنوعا بل مسموحا بتوافر شروطه ٠ كذلك لا يتعارض مع تجريد القاعدة أمر انطباقها على فـرد واحد طالما أنه محـدد بصفته وليس بشخصه ذلـك شأن القواعد القانـونية المنظمة لمركز رئيس الجمهـورية أو رئيس محكمـة النقض أو رئيس مجلس الدولة ٠

بذلك التجريد تتميز القاعدة القانونية التى تنطبق على عدد لا نهـائى ومن الوقائع والاشخاص بتوافر الشـروط المتطلبة عن القـرار الادارى الذى يتعلق بشخص معين بذاته أو واقعة معينة بذاتها ٠ فبينما ينظم قانون الجنسية

شروط اكتساب وفقد الجنسية بغض النظر عن الاشخاص فان القرار الادارى بمنح أو باسقاط الجنسية يتوجه الى شخص معين بذاته ٠

ـ التجريد بهذا المعنى ليس مجرد وصف من أوصاف القاعدة القانونية وانما هو من مقومات وجودها ، بحيث لانكون بصدد قاعدة قانونية اذا اختصت القاعدة بخطابها شخص معين بذاته ٠ لذلك لابد أن يكون تكيفينا لما صدر من مجلس الشعب بمنح بعض الامتيازات لاسرة الرئيس الراحل على أنه قرار ادارى لتخلف صفة التجريد بشأنه ٠

ـ الحرص على اعتبار التجريد من مقومات القاعدة القانونية يرجع الى أنه يكفل تقرير نظام اجتماعى بعيد عن الانحراف والتحكم كما من شأنه تحقيق المساواة أمام القانون ٠ الا أن هذا لا يمنع من أنه احدى خصائص القواعد الاجتماعية الأخرى (المجاملات ـ الاخلاق ـ مبادىء الدين) ٠

(٣) قاعدة اجتماعية :

اذا كان يقال أن لا قانون بغير مجتمع ولا مجتمع بغير قانون ٠ الا أن القانون لا يتصور وجوده الا فى جماعة منظمة يتوافر لها سلطة تملك قوة الاجبار والفرض على أفراد الجماعة حتى يتسنى لها أن تتولى أمر توقيع الجزاء على المخالف للقاعدة القانونية ٠ وبدون ذلك التنظيم لا يمكن ضمان احترام القاعدة القانونية وحيث لا توجد وسيلة أكيدة لتوفير احترام القاعدة القانونية فلا قانون وانما مجرد نصح وارشاد(١) ٠

واذا كانت الدولة هى الشكل الحديث للمجتمع السياسى المنظم فانه لايجوز أن يفهم أن وجود القانون قد عاصر نشأة الدولة بل انه أقدم منها ، باعتباره معاصرا لوجود الجماعة السياسية المنظمة فى بداية تطوره من الاسرة ـ

---

(١) انظر عكس ذلك د٠ جميل الشرقاوى « مبادىء القانون » ص ١٠٩ ـ حيث يرى « أن تحقق النظام فى الجماعة لا يمكن أن يكون شرطا سابقا لوجود القانون بل لابد من التسليم بوجود القانون لمجرد وجود الجماعة دون أى شرط آخر ، فالجماعة لا تقوم الا بالنظام ، والنظام مظهر لوجود القانون ـ يقصد به القواعد الاساسية أو الدستور » ٠

العشيرة ــ القبيلة ــ الاقطاعية الى الدولة فى الوقت الحاضر ·

هذه الخصيصة تعد من الخصائص التى تنفرد بها القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعيـة (الاخلاق ــ المجـاملات ــ أوامر الدين) التى لا تحتاج فى تطبيقها الى سلطة منظمة تسهر على احترامها ·

(٤) قاعده مقترنة بالجزاء الذى تفرضه السلطة العامة :

ينازع أمر اعتبار الجزاء عنصر لازم لوجلاود القاعدة القانونية رأيان :

الاول : أن الجزاء ليس ركنا من أركان القاعدة القانونية ويكفى لاعتبار القاعدة من قواعد القانون أن ينشأ وعى قانونى بالزامها · ويستـدل هـذا الاتجاه على رأيه بالصفة القانونية لقواعد القانون الدستورى وقواعد القـانون الدولى العام دون أن يكون لهـا جزاء مادى يكفل احترامهـا · ذلك بالاضافة الى اعتبارهم أن النظر للجزاء كركن للقـاعدة القـانونية يؤدى الى دكتاتورية الدولة والقائمين عليها ·

الثانى : يفند الاتجاه الثانى الرأى الاول على أساس أن قواعد القانون الدستورى والدولى يتوافر لكلاهما عنصر الجزاء وانما فى الصـــورة التى تتسق مع نوعية قواعده · ففى مجال القانون الدستورى نجد الرقابة المتبادلة بين السلطات العـامة بما يحقق التوازن بينها سـواء فى صـورة استجواب الوزير أو سحب الثقة من الوزارة كذلك فى سلطة رئيس الجمهورية فى حل مجلس الشعب وما يعقب ذلك من اسـتفتاء ···· كذلك يتخـذ الجزاء فى القانون الدولى العام صورة الانذار أو صورة المقاطعة الدبلوماسية أو المقاطعة الاقتصـادية أو الحرب المشروعة كما لا يخفى التقـدم الذى تحرزه قواعـد المسئولية الدولية ·

ــ كمـا أنه ليس صـحيحا أن ربط القـاعدة القـانونية بالجزاء يعنى دكتاتورية الدولة ، اذ أن تجريد القاعدة القانونية يبعد عن القاعدة شبهة الميل والتحكم بالاضافة الى أنه لا يجوز النظر للقـانون على أنه يقتصر على التشريع الذى هو من صنع السلطة التشريعية ·

ــ اذاء ذلك ينتهى هـذا الاتجـاه الى اعتبـار الجزاء عنصر لازم لوجود القاعدة القانونية · ومع ذلك فانه يمكن التمييز داخل هذا الاتجاه بين فرقتين:

الفرقة الاولى : ترى أن الجزاء هو صفة من صفات القاعدة القانونية وليس ركنا فيها وبالتالى فهو نتيجة لوجودها • فهناك جزاء لان القاعدة ملزمة ولا يجوز القول بأن القاعدة ملزمة لوجود الجزاء • اذ الجزاء هو وسيلة احترام القاعدة ولا يعتبر عنصرا فى تكوينها وانما مجرد شرط لوجودها(١) •

الفرقة الثانية :

ترى أن الالتزام بالقاعدة القانونية لا يتأتى الا من الاجبار على احترامها تحت تهديد الجزاء ، لذلك فان من الواجب اعتبار الجزاء ركنا من أركان القاعدة القانونية • واذا كان هناك تلازم بين القانون والمجتمع لحاجة المجتمع الى تنظيم السلوك بين أفراده ، فان هناك تلازم بين القانون والجزاء • ذلك لاهمية ضمان احترام التنظيم القانوني للسلوك وتحقيقا للامن والاستقرار فى المجتمع • كما أنه لا يمكن الاعتماد فى توفير الاحترام للقاعدة القانونية على وعى الافراد أو رقيهم الحضارى بل لابد من وجود سلطة تملك بما لها من قوة القهر المادى اجبار الافراد على احترام النظام الذى تقيمه القاعدة القانونية •

ـ الجزاء بهذا المفهوم يعد ال[illegible] المميز للقاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية التى يتضاءل عنصر الجزاء فيها الى مجرد المعاملة بالمثل ، استنكار الجماعة ، أو العقاب الاخروى كما سيتبين تفصيلا فى بيان مكان القاعدة القانونية من القواعد الاجتماعية الاخرى •

ـ الجزاء كعنصر مميز للقاعدة القانونية يتسم بأنه يأخذ مظهر مادى من ناحية ويوقع من جانب السلطة العامة بما لها من سلطة الامر والنهى من ناحية أخرى • فيتحقق بذلك الفاعلية للجزاء كما يتحقق له توحيد جهة توقيع الجزاء مبتعدين بذلك عن الفوضى المترتبة على القصاص الفردى •

صور الجزاء :

ـ الجزاء كركن من أركان القاعدة القانونية يأخذ صورا مختلفة باختلاف نوع القاعدة القانونية كما يأخذ درجة مختلفة من الشدة بحسب القيمة الاجتماعية محل التنظيم •

ففى نطاق القانون الجنائى :

يتراوح الجزاء بين عقوبة سالبة للحياة (الاعدام) الى عقوبة مقيدة

---

(١) د• منصور مصطفى منصور ـ المدخل للعلوم القانونية ـ ١٩٧٠ ص ٣٥ ـ ٣٦ •

للحرية الى عقوبة تصيب المال (الغرامة) بحسب القيمة الاجتماعية المنتهكة(١) ٠

فى مجال القانون المدنى :

يتراوح الجزاء بين الانذار واللوم الى الحرمان من الترقية أو الفصل من الخدمة ٠

فى مجال القانون المدنى :

يتقرر الجزاء المدنى عند الاعتداء على حق خاص أو المنازعة فيه ٠ وتتكفل قواعد القانون المدنى بتقريره ٠

فقد يأخذ صورة التنفيذ العينى ٠ وهو الذى يستهدف اجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به مثال ذلك : طرد من يشغل مكانا أو سكنا بدون وجه حق ، تسليم الشيء المبيع الى المشترى ٠ القيام بالترميمات على حساب المؤجر ٠

كما أنه قد يأخذ صورة التن[illegible] يطالب المدين بدفع قيمة مالية تحل محل عين ما التزم به ٠ ويلتجأ الى هـذا الجزاء حيث يستحيل ـ بخطأ المدين ـ أو يتعذر(٢) تنفيذ الالتزام الاصلى أو يصبح هذا التنفيذ غير ذى فائدة ٠ كما هو الحال فى حالة ضياع الطرد باهمال مصلحة السكة الحديد المكلفة بنقله ٠ ومثال ذلك بالنسبة للحالة التى يتعذر فيها التنفيذ العينى حالة امتناع الرسام عن اتمام عمله الفنى الذى تعهد به ٠

ونموذج الحالة الاخيرة امتناع أو اهمال الفرقة التمثيلية عن الحضور للتمثيل فى اليوم المتفق عليه ٠

وقد يكون الجزاء فى صورة اعادة الحالة الى ما كانت عليها قبل المخالفة ذلك يتمثل فى تقرير بطلان التصرفات المخالفة لقواعد متعلقة بالنظام العام

---

(١) للجزاء الجنائى عادة مهمتان : ردع خاص بالنسبة للمخالف حتى لا يعود لمخالفته ، ردع عام حتى لا تحتذى بقية أفراد الجماعة بالمخالف ٠

(٢) اذا كان تدخل المدين الشخصى ضروريا أو ملائما لتحقيق التنفيذ العينى ، ولم يجد التهديد المالى فى التغلب على تعنته لامتناعه ٠

مثـال ذلك بطلان التصرفات المكسبة للملكية على خلاف قواعـد الحـد الاقصى للملكية الزراعيـة وكذلك بطلان التصرفات التى تخلف فيهـا أركان صـحتها (رضا - محل - سبب) .

واذا تعذر ازالة أثر المخـالفة فلا مفر من الالتجـاء الى الجزاء التعويضى كمـا هو الحـال فى الزام كل من سبب بخطأه ضررا للغير بتعويضـه عن هـذا الضرر .

- الجزاء باعتباره الخصيصة الاساسية للقاعدة القانونية هو الذى سوف يعيننا على التمييز بين القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية الاخرى .

الفصـــل الثـانى

مكان القاعدة القانونية من القواعد الاجتماعية الاخرى

لا تستقل القواعد القـانونية فى تنظيم سـلوك الافراد فى المجتمـع بل يشاركها فى ذلك العديد من القواعد الاجتماعية الاخرى ٠

ومن هنا يتعين وضع القواعد القانونية فى مكانها من القواعد الاجتماعية الاخرى وتبين معيار التمييز بينهم ٠

فيما يلى نفحص القاعدة القانونية ومكانها من قواعد المجاملات والتقاليد ، وقواعد الاخلاق ، وأوامر الدين ٠

أولا : القواعد القانونية ـ وقواعد المجاملات والتقاليد

قواعد المجاملات والتقاليد هى ما تواضع الناس على اتباعه فى علاقاتهم لما توفره من تدعيم لروابطهم وتآلف بينهم ٠ مثال ذلك ما جرت عليـه عادة الناس فى التهنئة فى المناسبات السعيدة والعزاء والمواساة عند المصائب ٠ والتحية عند اللقاء ٠ واختيار الملبس ٠ هذه التقاليد « لا تضعها ارادة واعية مدبرة وانما تكتسب قوتها من درج الناس عليها وتتغير بتغير المجتمع بما يسفر عنه الصراع بين العقل المدبر والقوى الغريزية الغامضـة التى تدفع الفرد الى محكاة غـيره(١) ٠

ـ واذا كانت قاعدة المجاملات تشترك مع القاعدة القانونية فى أن كلاهما قاعدة سـلوك تقويمية مجردة تستهدف تنظيم الروابط الاجتماعية فان المميز الاساسى بينها هو فى نوعية الجزاء المقرر على مخالفة كل منها ٠

بينما الجزاء على مخالفة قواعد المجاملات يقتصر على صورة المعاملة بالمثل أو الازدراء العام فان الجزاء فى حالة مخالفة القاعدة القانونية يأخـذ صـورة

---

(١) د٠ منصور مصطفى منصور « المدخل للعـلوم القـانونية » ١٩٧٠ ص ٣٦ ٠

القهر المادي الصادر من السلطة العامة لاجبار المخالف على احترام القاعدة القانونية في توقيع عقاب رادع على مخالفته ·

هذا الاختلاف فى نوعية الجزاء يرجع الى اختلاف القيمة الاجتماعية محل التنظيم ، اذ القانون يعتنى بالحفاظ على القيم الاجتماعية الاساسية ويضع تنظيما يحميها وجزاء رادعا لمخالفته تاركا أمر تنظيم الامور الاقل أهمية للتنظيم التلقائى من جانب المجتمع فى صورة التقاليد أو الاخلاق ·

- الا أنه لا يجوز أن يفهم أن هناك حدودا جامدة بين القانون والتقاليد ، اذ تستجيب الحدود بين القانون والتقاليد للتطور الذى يطرأ على القيم الاجتماعية · فتارة تكتسب بعض الامور المنظمة بالتقاليد والمجاملات أهمية بحيث يسعى القانون لتنظيمها وحمايتها بالجزاء الرادع غير مؤتمنا عليها حسن تقدير الافراد ودرجهم على احترامها : ذلك شأن تخصيص القاعدة القانونية لبعض الاماكن فى المواصلات العامة للسيدات الحوامل أو للشيوخ أو لمصابى الحروب ·

من وجهة أخرى قد تعمل القاعدة القانونية على مناهضة ما جرت عليه بعض التقاليد التى يقدر الشارع أنها مهددة للامن والنظام شأن بعض الاحتفالات الهمجية فى الافراح والمواليد أو الاخذ بالثأر ·

(٢) القواعد القانونية وقواعد الاخلاق

قواعد الاخلاق هى مجموعة القواعد التى تهدف الى تحقيق المثل العليا والاقتراب من الخير والبعد عن الشر ، قواعد تسعى لكمال الانسان وتهذيبه · أمثلة ذلك النهى عن الكذب - الوفاء بالوعد - مساعدة الضعيف - الايثار ···

نظرا للجانب المشترك الذى لا يمكن انكاره بين القانون(١) والاخلاق فان من الضرورى تتبع أوجه الاختلاف بينهما :

---

(١) فالقانون لا يقوم دائما بالتنظيم الاجتماعى بعيدا عن القيم الاخلاقية· وفى نفس الوقت فان للاخلاق فى سعيها للارتقاء بالانسان والحفاظ على القيم العليا انعكاس اجتماعى يتمثل فى مجتمع فاضل منبط ·

من حيث الغـاية :

بينما الاخلاق فيما تأمر به وتنهى عنه من قواعد سلوك تقويمية تسـعى الى الحفاظ على القيم فى حد ذاتها والارتقـاء بالنفس البشرية نحو الكمـال ، فان القانون لا يهتم بالقيم الاخلاقية الا باعتبار آثارها الاجتماعية فى توفـير التوازن الاجتماعى والامن فى المجتمع • فيجبر المدين مثلا على الوفاء بالالتزامه وفى ذلك تطابق بين الواجب الاخلاقى بالوفاء بالوعد وبين الالتزام القـانونى بتنفيذ الالتزام المتعهـد به • الا أن القانون يهمـل احترام المبدأ الاخلاقى اذا تعارض مع الاستقرار فى المعاملات الذى يسعى الى اشاعته فى العلاقات • مثال ذلك أنه يمنع الدائن من مطالبة مدينه بالوفاء بالتزامه اذا تقادم الدين •

من حيث النـوايا :

باعتبار أن الاخلاق تعنى بالقيمة الاخلاقية فى حد ذاتهـا ، فانهـا تهتم بالنوايا والبواعث الداخلية استقلالا عن السلوك الخارجى للافراد • ذلك شأن اللوم الاجتماعى الذى يوجه للحاسد والحاقد بينما لا صدى لذلك فى مجـال القانون مالم يأخذ هذا الحقد مظهرا خارجيا بالاعتداء على حرمة مال الغـير • فالقانون لا يهتم بالنوايا الا من حيث ارتباطها بالسلوك الخارجى •

من حيث الجـزاء :

الاخلاق هى أوامر ونواهى تتوجه الى الافراد على سبيل الطلب والترغيب وليس لها جزاء على مخالفتها الا تأنيب ضمير المخالف واستنكار المجتمع لفعله • على العكس من ذلك فان أوامر القانون ونواهيه تتوجه الى الافراد على سـبيل التكليف مدعمة بالجزاء المـادى الذى توقعه السلطة العامة على المخالف •

هذا الاختلاف فى الغاية بين القانون والاخلاق يجعل نطاق كل منهما غير متطابق مع الآخر •

الاختلاف فى النطاق :

يمكن التمييز بين دوائر ثلاثة :

الدائرة الاولى (دائرة مستقلة) :

تشـمل الامور التى يعتنى القـانون بتنظيمهـا استجابة لفكرة النفع الاجتماعى فى مجال لا دخل فيهـا للاخـلاق أو للضمير • ذلـك شأن تنظيـم

اجراءات التقاضى بتحديد جهة الاختصاص بمحكمة معينة أو بلجنة معينة أو تحديد طرق الطعن ومواعيده • كذلك تنظيم المرور (السير على اليمين أو اليسار – تنظيم الوقوف على احدى جانبى الطريق) •

الدائرة الثانية (دائرة متعارضة) :

وفى هذا المجال يتغاضى القانون فى التنظيم الذى يضعه عن ما توجبه المبادىء الاخلاقية استجابة لاعتبارات أخرى تعلو عنده فى هذا المجال • ذلك شأن قواعد التقادم المكسب التى تكسب الحائز السىء النية ملكية أرض الغير التى يضع اليد عليها لمدة طويلة بصفة هادئة مستقرة • محترمة فى ذلك الاوضاع الظاهرية المستقرة • كذلك شأن التقادم الذى يمنع الدائن من مطالبة مدينه بالوفاء بالتزامه بعد فوات فترة طويلة على نشأة الالتزام بغير مطالبة احتراما لاستقرار المعاملات ولعدم مطالبة المدين بالاحتفاظ بسند الدين الى مالا نهاية •

دائرة مشتركة :

فى نطاق هذه الدائرة يستجيب القانون فى تنظيمه للمبادىء الاخلاقية فيحدث التطابق بينهما • مثال ذلك تحريم الاعتداء على أموال الغير أو الاعتداء على الارواح •

من الملاحظ أن الحدود بين الدائرة الثانية والثالثة متحركة نظرا لان الاخلاق تمثل احدى العوامل المؤثرة فى تكوين القانون وفى نفس الوقت هناك عوامل أخرى تؤثر فى تكوينه بحيث الاخذ بها يدفع القانون الى التغاضى عن الاعتبارات التى تمليها الاخلاق • فبحسب الاهمية النسبية التى تأخذها هذه العوامل عند تكوين القانون وأثرها الاجتماعى تتسع الدائرة المشتركة أو تضيق على حساب الدائرة الثانية • مثال ذلك أن القانون قد يهمل المبدأ الأخلاقى الخاص بمنع الاقراض بفائدة اعمالا لعوامل أخرى قد تغلب عنده من التشجيع على التعامل أو غيره •

ثم تزداد القيمة الاجتماعية للمبدأ الاخلاقى فيعدل القانون عن موقفه ويمنع التعامل بالربا •

كذلك فانه بتقدم المجتمع تتسع هذه الدائرة المشتركة ويتبنى القانون فى تنظيمه المبادىء الاخلاقية • ذلك شأن التعسف فى استعمال الحق ، تجريم

الامتناع عن مساعدة انسان فى خطر • يتمثل ذلك أيضا فى اعتبـــار الآداب العامة(١) ضابط لابد من احترامه عند التعامل •

(٣) قواعد القانون ـ أوامر الدين ونواهيه

يقصد بالدين مجموعة الاوامر والنواهى المنزلة من عند الله تعالى •

الواقع أن قواعد الدين أكثر رحابة وأوسع نطاقا من قواعد القـــانون • فمن قواعد الدين ما ينظم صلة الانسان بربه - ومنها ما ينظم صلته بنفســـه ويرسم اليه طريق الفضيلة فى معاملته بغيره • ثم أخيرا يتضمن قواعد تنظم روابط الناس وقواعد التعامل فيما بينهم •

النطاق الذى قد تتلاقى فيه قواعد الدين مع قواعد القانون هو النطاق الثالث • الا أنه يعنينا أن نشير الى أنه اذا تبنى القانون نفس التنظيم الدينى فى أمر من الامور فان الدين هنا يكون بالنسبة لها مصـــدر مادى ساعد فى تكوينها (٢) أما المصدر الرسمى لها فيكون هو القانون •

واننا اذ نشير هنا الى قواعد الدين فاننا نقصد بها تلك التى لم يتبناها القانون فى نوعية الجزاء اذ بينما الجزاء على مخالفة القانون هو جزاء مادى توقعه السلطة العامة فان الجـــزاء على مخالفة الاوامر الدينية هو أصـــلا جزاء أخروى •

وان أقترن فى بعض الاحيان بالجزاء الدنيوى •

فى ختام هذه الدراسة التحليلية للقاعدة القانونية يتضح أن الخصائص السابق الاشارة اليهـــا تمثل القاسم المشـــترك لجميع القواعد القـــانونية على تنوعها • فى مقابل ذلك يسهل ملاحظة تنوع القواعد القانونية استجابة لتعدد وتغاير أوجه النشاط محل التنظيم •

ازاء ذلك فان دواعى التبويب والتحليل تستوجب تحرى أسس واضحة لتقسيم وتصنيف القواعد القانونية على تنوعها •

---

(١) تمثل مجموعة المبادىء الاخلاقية والآداب فى المجتمع •

(٢) اذ يمثل مصدر تستلهم منه القاعدة القانونية •

البـاب الثـانى

تقسـيم القـاعدة القـانونية

الحاجة الى تقسيم وتصنيف القاعدة القانونية يدعو اليهـا الحرص على التبويب المدرسى والتوضيح الاكاديمى الذى يسهل الاهتداء اليها والاستدلال عليهـــا ٠

واذا كانت التقسيمات يمكن أن تتعدد بحسب الاساس المتخـذ معيـارا للتبويب ، بحيث يمكن أن تدخل نفس القاعدة فى أكثر من تقسيم باعتبـــار اختلاف المعيار(١) فاننا من جانبنا نحرص على أن نولى اهتمامنـا للتقسيمات التى يترتب عليها فائدة عملية تتمثل فى تحرى السمات الخاصة المميزة لمجموعة القواعد الداخلة فى تقسيم بعينه دون تقسيم آخر ٠

من بين التقسيمات التى توصـــل اليهـا الفقه نشـــير الى التقسيمات الآتية (٢) :

ـ تقسيم يتخذ من طريقة التعبير عن القـاعدة القـانونية معيارا له ٠ فيميز بين القـاعدة المكتوبة وهى تكتسب صـفة الالزام بوصفهـا صادرة عن السـلطة التشريعية ٠ وبين القـاعدة غير المكتوبة وهى تلك التى لا تعتمد فى اكتساب صفة الالزام على صدورها من السلطة التشريعية مثل العرف والسوابق القضـــائية ٠

ـ تقسيم قائم على اختلاف مضمون القاعدة القانونية ٠ فيميز بين القواعد الموضـوعية والقواعد الاجرائيـة أو الشـكلية الاولى تبين التنظيم الموضـوعى للروابط القـانونية ، وتبين الحقوق والواجبات وكيفية نشاتهـا ومباشرتهـا

---

(١) القاعدة الآمرة (تقسيم يقوم على صورة الالزام فى القاعدة) قـــد تكون فى نفس الوقت قاعدة من قواعد القانون العام أو الخاص (تقسيم يقوم على طبيعة الشخص المخـاطب بالقاعدة) ٠ كما قد تكون قاعدة موضـوعية أو اجرائية (تقسيم قائم على أساس مضمون القاعدة) ٠

(٢) انظر ما سبق الاشارة اليـه ـ د ٠ شمس الدين الوكيل ص ٣٤ وما بعـــدها ٠

وزوالها • بينما القواعد الاجرائية ترسم الاجراءات الواجب اتباعها عند المطالبة بحماية الحق مثل ذلك قانون الاجراءات المدنية والتجارية •

- تقسيم قائم على اختلاف طبيعة العلاقة القانونية فيميز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص •

- أخيرا يأتى التقسيم الذى يميز بين القواعد القانونية على أساس صورة الالزام فيها الى قاعدة آمرة وقاعدة مكملة •

- بين هذه التقسيمات يحتل التقسيمان الاخيران زيوع من ناحية واهمية عملية من ناحية أخرى ، فنتولى كلاهما بشىء من التفصيل •

الفصـــل الاول

تقسـيم القـــانون الى عام وخاص

على أساس طبيعـة العـلاقة القـــانونية

تمهيـــيد :

القاعدة القانونية فى خطابها المجرد تتوجه تارة الى الاشخاص الطبيعية وتارة أخرى الى الاشخاص الاعتبارية(١) • هذه الاخيرة منها ما يمارس نشاطه فى نطاق السلطة العامة مستهدفا بالدرجة الاولى المصلحة العامة وهذه درج على تسميتها الاشخاص الاعتبارية العامة(٢)، ومنها ما يمارس نشاطه فى نطاق لا يمس السلطة العامة ساعيا أساسا نحو تحقيق مصلحته الخاصة وهذه هى الإشخاص الاعتبارية الخاصة (٣) •

أمام تنوع طبيعة العلاقات والهدف الاساسى منها كان من الطبيعى أن تتسم القواعد المنظمة للعلاقات القانونية العـــامة بطابع متميز عن تلك التى تحكم العلاقات القانونية الخاصة • سعيا وراء أكثر المعايير انضباطا فى التمييز بين قواعد القانون العــام • وقواعد القــانون الخــــاص اختلف الفقه الى أكثر من طــائفة(٣) •

الا أننا نكتفى فى هذا المقــام بالاشارة الى المعيـــار الاكثر انضباطا فى طائفة (٤) •

---

(١) يقصد بها _ على التفضيل ما سيأتى _ تلك الكيـــانات المعنوية التى يعترف لها القانون بالشخصية بشروط معينة (م ٥٢) مدنى _ (م ٥٣) مدنى •

(٢) تضم الدولة وفروعها من محافظات ومدن وقرى وما يتخصص فى نشــاط معين كالوزارات والمصالح التى يمنحها القــانون الشخصية القانونية

(٣) شأنها : الشركات التجارية والمدنية _ والجمعيات والهيئات الدينية المعترف لها بالشخصية •

(٤) انظر د• شمس الدين الوكيل ، د• حسن كيرة ، المرجع السابق الاشارة اليه •

أولا : المعيار المختار للتقسيم :

ـ يستند هذا المعيار الى طبيعة العلاقة القانونية ٠ فوفقا لهذا الرأى القانون العام هو الذى يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة (حيث يكون شخص القانون العام مشاركا في العلاقة بما له من سيادة)(١) أو يتعلق بتنظيم السلطة العامة مثل القانون الدستورى ٠ أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص حتى ولو كانت الدولة طرفا فى العلاقة ما دامت لا تظهر بوصفها وحدة سياسية أو بصفتها سلطة عامة ٠

ـ الحرص على تحرى معيار محكم للتفرقة لاشك ينبىء عن الاهمية العملية لهذا التمييز ٠

ثانيا : الاهمية العملية للتقسيم :

القانون العام وهو ينظم نشاط الدولة وأشخاص القانون العام فى مباشرتهم لنشاطهم بما لهم من حق السيادة تحقيقا للصالح العام كان من الطبيعى أن تتضمن قواعده امتيازات للسلطة العامة تمكنها من تحقيق المصلحة العامة التى تستهدفها فى نشاطها ٠

مظاهر هذه الامتيازات تبدو سواء فيما يتعلق بانشاء العلاقة القانونية أو فيما يتعلق بتنظيمها(١) ٠

ففيما يتعلق بانشاء العلاقة القانونية ٠ يمكن القانون العام السلطات العامة من اتخاذ قرارات فردية تفرض بها تكاليف عامة ٠ شأن ذلك م ٦٥ من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ بشأن الرى والصرف الذى يتيح لمفتش الرى فى حالة الخطر استدعاء القادرين من الرجال للاشتراك فى خفارة وملاحظة جسور النيل ـ بينما الاصل العام فى عقود العمل هو الحرية التعاقدية ٠ كذلك شأن قواعد نزع الملكية للمنفعة العامة التى تجيز للدولة أو أشخاص القانون العام نزع ملكية الاراضى التى تلزمها لاقامة المشروعات ذات النفع العام جبرا من أصحابها خلافا للاصل المعمول به فى القانون الخاص من حرية التعاقد ٠

كذلك تبدو هذه الامتيازات بشأن تنظيم العلاقة القانونية العامة ٠ شأن العقود الادارية التى يتاح فيها للادارة حق الغاء أو تعديل العقد وفقا

---

(١) د٠ منصور مصطفى منصور « المدخل للعلوم القانونية » ١٩٧٠ ـ ص ٤٨ ٠

لمقتضيات المصلحة العامة على خلاف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين المسلم به فى نطاق القانون الخاص ٠

ثم ان الحاجة دعت مع اختلاف قواعد القانون العام عن قواعد القانون الخاص الى تخصيص جهة قضاء مستقلة هى القضاء الادارى للفصل فى المنازعات الادارية عن جهة القضاء العادى للفصل فى منازعات القانون الخاص ٠

- هذا التقسيم وله من الاهمية العملية ما أشرنا اليه يجدر الاشارة الى مداه ٠

ثالثا : مدى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

الواقع أن زيوع هذه التفرقة لا يحول بينهما وبين بعض التحفظات ٠ اذ أنها غير مطلقة من ناحية وغير محكمة من ناحية أخرى ٠

فاما عن أنها غير مطلقة فيتضح من كونها غير معلومة فى جميع الانظمة القانونية اذ يخلو منها النظام الانجلوسكسونى والشريعة الاسلامية(١) ٠

أما عن كونها غير محكمة فيقوم دليل عليه أن بعضا من فروع القانون يستعصى على التقسيم ويتسم بطبيعة مختلطة(١) ٠

هذه التحفظات لم تحل بين بقاء هذا التقسيم كما أنها لا تغمط هذا التقسيم فضله فى تبويب فروع القانون المختلفة تحقيقا للوضوح ٠

- اذ أفضنا فى أساس التقسيم وأهميته نقابل ذلك بايجاز لفروع القانون المختلفة فى انتسابها لهذين التقسيمين الكبيرين ٠

---

(١) ذلك شأن القانون الجنائى على سبيل المثال ٠ حيث يظهر الطابع العام فيها باعتبار عنصر السيادة الذى يظهر فى العقوبة التى توقعها الدولة على مرتكب الجريمة ٠ كما يظهر الطابع المختلط فى تجريم جرائم القانون العام (حماية الامن الخارجى والداخلى) وجرائم القانون الخاص (السرقة ـ القتل) التى يضمها القانون الجنائى ٠

رابعا : تصنيف فروع القانون الى هذين القسمين :

يمكن تصنيف القوانين المختلفة الى مجموعات ثلاث :

١ ـ فروع القانون العام ٠

٢ ـ فروع القانون الخاص ٠

٣ ـ فروع القانون المختلطة ٠

١ ـ فروع القانون العام :

القانون العام ينقسم الى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي ٠

القانون العا مالخارجي (الدولى العام) :

هو ذلك الذى ينظم علاقة الدول بالمنظمات الدولية ٠ كما ينظم علاقات الدول ببعضها البعض فى زمنى السلم والحرب ٠

القانون العام الداخلي :

يقصد به مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا ٠ يندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف الموضوعات محل التنظيم وهى : القانون الدستورى ، القانون الادارى ، والقانون المالى ٠

القانون الدستورى :

فى هذا القانون تكون الدولة موضوعا لقواعده ومحلا لتنظيمها ٠ اذ تبين قواعده شكل الحكم فى الدولة وتحدد السلطات العامة فيها وتوزع الاختصاص بينها كما تنظم حرية المحكومين والحقوق المكفولة لهم قبل الدولة ٠

القانون الادارى :

هو مجموعة القواعد التى تنظم تكوين السلطة الادارية فى الدولة وعلاقاتها بالافراد ، كما يتكفل بتنظيم القضاء الادارى الذى يتولى الرقابة على أعمال الادارة ٠

القانون المالى :

يضم مجموعة القواعد التى تنظم مالية الدولة بتقرير أسس الميزانية من حيث الايرادات والمصروفات ٠

٢ ـ فروع القانون الخاص :

القانون الخاص يضم مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات غير المتصلة بحق السيادة سواء كانت علاقات بين أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام طالما أن هذه الاخيرة لا تتدخل باعتبارها صاحبة سيادة .

يعد القانون المدنى الركن الاساسى للقانون الخاص الذى تفرعت عنه فروعا أخرى لتحكم علاقات ظهرت الحاجة الى تنظيمها بقواعد خاصة بها شأن القانون التجارى ، القانون البحرى ، قانون العمل ، القانون الزراعى ، القانون الجوى .

القانون المدنى :

يعد القانون المدنى الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص بمعنى أنه يرجع لقواعده لحكم العلاقات المتصلة بنشاط معين أو فئة معينة اذا كانت قواعد القانون الخاص بهذا النشاط لا تسعف فى ايجاد الحكم المناسب فاذا لم يتضمن القانون التجارى مثلا قاعدة تحكم نزاعا معينا خاصا بشركة تجارية فالعبرة بالقواعد العامة الواردة فى القانون المدنى بشأن الشركات .

القانون المدنى يحكم العلاقات المالية كما يحكم الأحوال الشخصية (الحالة ـ الاهلية ـ الولاية على المال ـ كل ما يتصل بالأسرة ـ المواريث ـ الوصايا) الا أنه خضوعا للتقاليد المستقرة فى القانون المصرى من ترك تنظيم الاحوال الشخصية لاحكام الدين ، فان التقنين المدنى المصرى يتضمن أساسا القواعد المنظمة للاحوال المالية دون الاحوال الشخصية .

القانون التجارى :

يضم مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات التجارية أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقة بالاعمال التجارية .

القانون البحرى :

يضم مجموعة القواعد التى تحكم النشاط البحرى بمناسبة الملاحة البحرية ، فيضع التنظيم القانونى للسفينة من حيث التسجيل والعقود التى

ترد عليها مثل عقد البيع وعقد التجهيز كما يحكم الروابط الخاصة التى تنشأ بسبب الرحلة البحرية مثل عقد العمل وعقد النقل وعقد القرض ٠

قانون العمـل :

يضم القواعد المنظمة للروابط بين العمال وأصحاب الاعمال ٠

٣ ـ فروع القانون المختلفة :

بجانب فروع القانون التى يسهل تصنيفها الى القسمين السابقين ، هناك من فروع القانون ما تقف طبيعتها وسطا بين هذين التقسيمين ٠

من أهم هـــذه الفروع :

القانون الجنائى ـ قانون المرافعات والقانون الدولى الخاص ٠

القـانون الجنـــائى :

يضم مجموعة القواعد التى تحـدد الجريمـة ٠ والمجرم والعقوبة وتبين الاجراءات القانونية لتعقب المجرم ومحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه ٠

قانون المرافعـات :

يضم مجموعة القواعد المنظمة للسلطات القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها والاجراءات الواجب اتباعها فى رفع الدعاوى المدنية والتجارية والفصل فيها وتنفيذ الاحكام الصادرة فى شأنها ٠

القـانون الدولى الخـاص :

بصـدد العلاقات ذات العنصر الاجنبى يبين القـانون الواجب التطبيق وتحديد الجهة القضائية المختصة ٠ الى جانب هذا التقسيم الاجمـالى لفروع القانون يشيع تقسيم آخر للقاواعد القانونية على أساس شروط تطبيقهـا الى قواعد أمرة وقواعد مكملة ٠

الفصـــل الثـانى

تنوع القواعد القانونية من حيث شروط تطبيقها

الى قواعد آمرة ومكملة

تمهيـــد :

دور القاعدة القانونية هو تنظيم العيش فى الجماعة · ومن الطبيعى أن تختلف كيفية التنظيم بحسب اتصال المسألة موضوع التنظيم بالصالح العام فى الجماعة أو على العكس ارتباطها بالصالح الخـاص للافراد · فحيث يكون الصالح العـــام هو محور التنظيم فان الدولة تتولى التنظيم التشريعى بطريقة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها· بينما حيث يتعلق الامر بالمصالح الخاصة للافراد فان تنظيمهـا يتم بمقتضى قواعـد مكملة يجوز للافراد الاتفـــاق على استبعـــاد حكمهـا ·

من الجدير بالذكر أن نطاق استخدام المشرع لهاتين الطريقتين الفنيتين فى التنظيم يتأثر ضـيقا واتســاعا بالمذهب الفلسفى السائد فى الجمـــاعة (فردى أو اجتماعى) ·

ذلك من شأنه أن يرسم خطة بحثنا فى هذا الفصل على النحو التالى :

أولا : المقصود بالقاعدة الآمرة والمكملة ·

ثانيا : معيـار التفرقة ·

ثالثا : أثر المذهب الفلسفى السائد على نطاق القاعدة الآمرة والمكملة ·

أولا : المقصود بالقاعدة الآمرة والمكملة :

يقصد بالقاعدة الآمرة تلك التى لا يجوز للمخاطبين بها الاتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم ، بحيث تنعدم حرية الافراد فى استبعاد حكمها · مثال ذلك القاعدة التى تحرم القتل فهذه لا يجوز الاتفاق على استبعاد حكمها بالاتفاق بين شخصين على أن يقتل أحـدهما الآخر أو أن يقتل أحـدهما ثالث · اذ كل اتفاق على مخالفة أحكام هذه القاعدة باطلا لا أثر له · مثال ذلك أيضا ما حددته م ٢٢٧ مدنى من حد أقصى للاتفاق على سعر الفائدة (٧٪) ، بحيث يعتبر كل اتفاق على فائدة أعلى باطلا فى حدود هذه الزيادة ·

– فى مقابل ذلك فان القـاعدة المكملة هى التى تسمح للمخاطبين بهـــا بالاتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم ، بحيث يكون العمل بها مقيدا بعدم

أستبعادها من جانبهم • مثال ذلـك ما تقرره م ٤٥٧ مدنى من أن « يكــون الثمن مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع مالم يوجـد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » • كذلك ماتقرره (م٤٥٦) مدنى « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغــير ذلك » •

ففى هاتين الحالتين ينطبق الحكم التشريعى مالم يستبعده المخــاطبون بالقاعدة (البائع والمشترى) باتفــاقهم على زمان ومكان آخرين للوفاء بالثمن ولتسليم المبيع •

ومن الجدير بالذكر أن امكانية استبعاد الحكم التشريعى فى القــاعدة المكملة لا ينفى عنها خصيصة الالزام التى تتمتع بها باعتبارها قاعدة قانونية شأنها فى ذلك شأن القاعدة الآمرة • كل ما فى الامر أن القاعدة الآمرة تكون مطلقة التطبيق ، بحيث لا تخضع لاى شرط فى تطبيق أحكامها • بينما القاعدة المكملة تتجه الى المخاطبين بها بخطاب معلق على شرط ، بحيث لا تكون واجبة التطبيق الا بتوافر هذا الشرط • وشرط انطباقها هو عــدم اتفاق الافراد على عكس ما جاء فيها من أحكام(١) •

ثانيا : معيار التفرقة بين القاعدة الآمرة والمكملة :

هناك معياران للتفرقة :

١ ـ معيــار لفظى •

٢ ـ معيــار معنوى •

١ ـ معيــار لفظى :

بمقتضاه يتضح صراحة من ألفاظ النص أن القاعدة آمرة أو مكملة •

بخصوص القاعدة الآمرة ، فالمشرع يستخدم العبارات التى تفيد الآمر (يجب ـ يتعين ـ يلزم) أو النهى (لا يجـوز ـ ليس لأحـد) كذلـك فى حالة تقريره لجزاء لقاء مخالفة التنظيم التشريعى(جزاء جنائى ـ جزاء مدنى) •

أمثلة ذلك ما نصت عليه (م ١٣١) مدنى من أن « التعــامل فى تركة انسان على قيد الحياة **باطل** ولو كان برضــاه » ، م ٢٣٢ مدنى « لا يجـوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد » •

---

(١) انظر د• شمس الدين الوكيل ـ المرجع السابق ص ٥٩ •

كذلــك م ٤٨ مدنى « ليس لأحد النــزول عن أهليته ولا التعــديل فى أحكامها » ، (م ٤٩٢) « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها ، اذا كانوا هم الذين يتولــون الدفاع عنها سواء أكــان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار . والا كان العقد باطلا » . كذلك نصوص القانون القانون الجنائى التى تقرر عقوبة جزاء ارتكاب الفعل المنهى عنه .

ـ على العكس من ذلك يتضح أننا بصدد قاعدة مكملة اذا صيغ النص بصورة تنتفى معهــا فكرة الوجوب أو الامر بتصريحه أنه يجوز الاتفــاق على ما يخالفها أو بالنص على أنها تطبق مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . كما هو الحال بخصوص المــادتين (٤٥٦ ، ٤٥٧) مدنى بشأن تحــديد مكان الوفاء بثمن المبيع وزمانه حيث بعد تقرير احكم التشريعى يقرر المشرع أن هذا الحكم يسر « مالم يوجد نص أو عرف يقضى بغير ذلك » .

٢ ـ معيــار معنوى :

الحاجة الى ذلك المعيار تظهر حيث لا تفيد عبارة النص فى الدلالة على صفة الالزام فى القاعدة . عنــد ذلك لابد من الاحتكام الى مدى تعلق التنظيم الذى جاءت به القاعدة بالنظام العام والآداب فى الجماعة من عدمه فحيث تتعلق به فانها تعتبر قاعدة آمرة وحيث لا تتعلق به وانما تتصل بتنظيم علاقة خاصة بين الافراد ليس فيها مساس بالمصالح الاساسية للجماعة فان القاعدة تكون مكملة .

مثال ذلك بخصوص القاعدة الآمرة

ما تقرره (م ٤٤) مدنى من أن « سن الرشد احــدى وعشرين ســـنة ميلادية كاملة » فالفاظ النص لا تبين نوع القاعدة الواردة به ، ومع ذلك فان ارتباط التنظيم الذى تضمنه النص بالمصلحة الاساسية فى الجمــاعة المتمثلة فى استقرار التعامل يوضح أنها قاعدة آمرة . كذلك كل القواعد التى تهدف الى حماية العمال بتحديد ساعات للعمل وأيام للراحة وحد أدنى للاجر لاتصالها بمصالح اجتماعية أساسية .

مثال ذلك بخصوص القاعدة المكملة :

ما تقرره (م ٤٣٢) مدنى من أنه « يشتمل التســليم ملحقــات الشىء المبيع » اذ يجوز الاتفاق على غير ذلك باعتبار هذا ارتباط للتنظيم بالمصــالح الخاصة للافراد وعدم مساس ذلك بالمصالح الاساسية للجماعة .

ـ فكرة النظام العام والآداب المتخذة معيارا للتفرقة تطلق للدلالة على مجموعة المصالح الجوهرية فى الجماعة من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية(١) ٠

ومن المسلم به أنه يعهد الى القاضى بتقدير مدى ارتباط التنظيم القانونى بالنظام العام على أن يكون تقديره موضوعيا مستوحيا شعور الجماعة والروح العامة للنظام القانونى السائد فيها منحيا جانبا معتقداته الشخصية وميوله ٠

ـ ومن الجدير بالذكر أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية تتنوع فى المكان وتتطور فى الزمان مستجيبة الى حاجة الجماعة المتطورة ٠ فما يعتبر متعلقا بالنظام العام فى جماعة معينة قد لايعتبر كذلك فى جماعة أخرى بل فى الجماعة الواحدة قد يتطور النظام العام فيعدل عن اعتبار قاعدة قانونية من النظام العام أو العكس ٠

من أمثلة نسبية النظام العام باختلاف الجماعة اباحة تعدد الزوجات فى بعض النظم القانونية واستنكاره فى نظم أخرى أو اطلاق حرية التملك فى بعض البلاد بلا حدود ووضع حد أقصى للملكية فى بلاد أخرى تعبيرا عن مصالح جوهرية مختلفة ٠

ومن أمثلة نسبية النظام العام فى الجماعة الواحدة على مر الزمن ، أن بعض النظم القانونية كانت تمنع الاقراض بفائدة ولكنها اليوم تبيحه مع اشتراط حد أقصى لسعر الفائدة كذلك كان يعتبر مخالفا للآداب الوساطة فى عقد الزواج وأصبحت فى نفس الجماعة غير مخالفة له ٠

ـ نطاق النظام العام بهذا المفهوم يتأثر ضيقا واتساعا بالمذهب الفلسفى السائد فى الجماعة (فردى أو اجتماعى) ٠

---

(١) مثال ذلك من الناحية السياسية القواعد المنظمة للحريات العامة ٠ وتلك المنظمة للوظيفة العامة ٠ وللسلطات بالدولة ٠ من الناحية الاقتصادية تلك المنظمة للضرائب (قواعد القانون المالى) أو تلك المنظمة لمساهمة القطاع الخاص فى الاقتصاد ٠ من الناحية الاجتماعية ٠ مثل قواعد العمل المنظمة للحد الادنى للاجر ـ ساعات العمل من الناحية الاخلاقية هى مجموعة القواعد التى تمس المصالح الجوهرية التى تمس الاخلاق فى الجماعة ٠ مثال ذلك القواعد الحامية للشرف والاعتبار ٠

ثالثا : أثر المذهب الفلسفى السائد على نطاق القاعدة الآمرة والمكملة :

الواقع أن المذهب الفلسفى السائد فرديا كان أو اجتماعيا يؤثر بصفة عامة على دور القاعدة القانونية فى تنظيم العيش فى الجماعة كما يؤثر على الوسيلة الفنية التى يتم بمقتضاها التنظيم ٠

دور المذهب الفردى وأثره :

بايجاز ، يتمثل جوهر المذهب الفردى فى اعتبار الفرد محور اهتمام الجماعة ، كما أن هناك ثقة فى امكانية الاعتماد على تلقائية العلاقات بين الافراد فى تحقيق العدل فى الجماعة وهو ما اصطلح على تسميته « العدل التبادلى » ٠

ترتب على أن تحقيق العدل فى الجماعة متروك لارادة الافراد وحريتهم ، أن تقلص دور الدولة وانكمش تدخلها بواسطة القاعدة القانونية فى تنظيم العيش فيها على تحقيق الموازنة والتوفيق بين استعمال الافراد لحقوقهم ٠ فهى تكفل الحرية فى استعمال الحق وتتحرك لرد العدوان عليه ٠ هذه الحرية للافراد نقابلها على المستوى السياسى والاقتصادى(١) وكذلك القانونى حيث يترك المجال فسيحا لمبدأ سلطان الارادة فى انشاء العلاقة القانونية وتنظيمها كما أن الملكية الفردية تنعم بحماية مطلقة ٠

وباعتبار الثقة فى أن الصالح العام يتحقق من خلال تحقيق الافراد لمصالحهم الفردية فان حاجتنا الى تنظيم آمر _ فى كل هذا المذهب _ يضيق لينحصر فى الحدود اللازمة لقيام الدولة بوظيفتها كدولة حارسة ٠ (تقوم على تحقيق الامن الخارجى _ الامن الداخلى _ المرافق الاساسية من تعليم وصحة ٠٠٠) ٠

على العكس من ذلك تنتشر القواعد المكملة التى تترك المجال فسيحا لحرية استبعادها من جانب المخاطبين بها ٠

هذا المذهب الفردى بأسسه السابق الاشارة اليه ، سرعان ما ظهرت مساوئه وبدى أن المساواة القانونية التى يقوم عليها ما هى الا مساواة واهية

---

(١) من الناحية السياسية يطلق هذا المذهب للافراد الحريات على نطاق واسع ٠ من الناحية الاقتصادية يؤمن بأن الرخاء وليد حرية الانتاج التبادل ٠

أمام عدم التماثل الفعلى فى موازين القوى . نتيجة ذلك وما ترتب على اطلاق الحريات من سيطرة الاقوياء على الضعفاء ومن تحول نظام التوافق الى نظام خضوع وسيطرة ومن فشل الاعتماد على تلقائية الافراد فى تحقيق العدل التبادلى نتيجة الانانية الشخصية ، كان لكل ذلك أثره فى ظهور المذهب الاجتماعى للتخفيف من غلواء المذهب الفردى .

دور المذهب الاجتماعى وأثره :

فى ظل هذا المذهب يعد الفرد فى خدمة الجماعة كما أنه يعتبر مسخرا لخدمة الصالح العام .

أمام عدم الثقة فى الاعتماد على تلقائية الافراد فى تحقيق العدل للجماعة وادراكا من الدولة لعدم التماثل الفعلى بين الافراد من حيث الطاقة والحاجة وأخيرا نظرا للايمان بأن الصالح الخاص للافراد يتحقق من خلال تحقيق الصالح العام للجماعة ، لذلك كله برز دور الدولة فى توزيع العدل فى الجماعة(١) واتسع نطاق القاعدة القانونية فى تنظيم الصالح العام فى الجماعة الذى أصبح يمثل الهدف الاسمى للقاعدة القانونية .

ينعكس هذا التفكير المذهبى على المجال السياسى والاقتصادى(٢) .

أما من الناحية القانونية فيتسع دور القاعدة القانونية فى توفير العدل التوزيعى وينكمش دور ارادة الآفراد فى الروابط التعاقدية سواء فى مرحلة انشاء العلاقة القانونية أو فى تنظيمها(٣) كما تخضع الملكية لقيود اجتماعية ويمتنع التعسف فى استعمال الحق . بالاضافة الى ذلك فانه باعتبار أن الصالح العام يمثل نقطة الارتكاز للقاعدة القانونية فان القواعد الآمرة تلقى انتشارا واسعا حماية للمصالح الجوهرية السياسية ـ الاقتصادية ـ الاجتماعية

---

١ ـ وهذا ما يصطلح عليه بالعدل التوزيعى ويقصد به احتكار الدولة توزيع العدل بمنح المزايا وتقسيم الاعباء من خلال المعرفة بالطاقة والحاجة .

(٢) من الناحية السياسية : تزداد القيود على الحريات العامة .

من الناحية الاقتصادية : يسود مبدأ سيطرة الدولة على وسائل الانتاج وتتدخل الدولة فى تنظيم تداول الثروة وتوزيعها .

(٣) اذ قد يجبر الشخص على الدخول فى علاقة تعاقدية (التأمين الاجبارى) ، كما قد يفرض على المتعاقد شروط معينة (التسعير الاجبارى ـ حد أدنى لاجر العامل) أو قد تتدخل الدولة فى تغيير شروط العلاقة القانونية (عقد الاذعان ـ نظرية الظروف الطارئة) .

والخلقية فى الجماعة وذلك على حساب القواعد المكملة التى يضيق نطاقها فى ظل سيادة المذهب الاجتماعى ٠

موقف القانون المصرى من الاتجاهين :

تبنت القوانين المصرية فى أول الامر المذهب الفردى ، الا أنه تجنبا لمساوائه بدأت تظهر ملامح المذهب الاجتماعى فى قوانيننا ٠

فعمل القانون المدنى الصادر فى ١٩٤٨ على تحقيق التوازن بين حقوق الفرد وحريته من ناحية وحقوق الجماعة ومصالحها من ناحية أخرى ٠ فالى جانب مبدأ سلطان الارادة المعتبر كأصل نجد القيود عليه لحماية الطرف الضعيف كما هو الحال فى عقد الاذعان وفى حالة الاستغلال وفى نظرية الظروف الطارئة ٠

كذلك تبنى المشرع المصرى نظرية التعسف فى استعمال الحق مقررا للحق وظيفة اجتماعية وليس كامتياز مطلق ٠

كما بدت النزعة الاجتماعية أكثر وضوحا فى القوانين اللاحقة على ثورة يوليه سنة ١٩٥٢ سواء فى مجال الاصلاح الزراعى أو فى مجال علاقات العمل وفى مجال علاقات الملاك بالمستأجرين ٠ كما يبدو أيضا هذا الاتجاه فى الدور القيادى للقطاع العام فى المجال الاقتصادى ٠ كما أشار الدستور المصرى سنة ١٩٧١ الى الاسس الاقتصادية لجمهورية مصر العربية(١) ٠

برغم تلك النزعة الاجتماعية فلقد ظلت « حرية الافراد » ، وسلطان الارادة ، وحقوق الدائنين ، واحترام الملكية محلا للتنظيم مما يدل على ظاهرة التوفيق بين حقوق الفرد ٠ وحقوق الجماعة ٠

بذلك ننتهى من دراسة الباب الثانى ، وننتقل الى الباب الثالث حيث ندرس فيه مصادر القاعدة القانونية ٠

---

(١) انظر م ٢٤ ، م ٢٥ ، م ٢ ، م ٢٩ ، م ٣٠ ، م ٣٢ ، م ٣٤ ، م ٣٥ ، م ٣٦ ، م ٣٨ ٠

البـاب الثـالث

مصادر القاعدة القانونية

تمهيد :

تعزيز الجماعة للقاعدة القانونية بتدعيمها بالجزاء اللازم لأحترامها ، لا يكون الا اذا كانت القاعـدة تعبيرا عن ارادة الجماعـة . البحث عـن ذلك الذى يسمح له بالتعبير الملزم عن ارادة الجماعة فى صورة قاعـدة قانونية هو سبيل تعيين المصادر الرسمية للقاعدة القانونية .

لذلك فانـه يمكن تعريف المصـادر الرسمية بأنها طـرق التعبير المعتمدة عن ارادة الجماعة فى صورة قواعد قانونية ، لدراسة هذه الطرق نفرد **الفصل الأول** : المصادر الرسمية للقاعـدة القانونية فى القـانون المصـرى .

الى جانب ذلك يتعين الاشـارة الى صياغة القواعد القانـونية التى تتمثل فى طريقة التعبير عن موضوع القاعدة باعطائها الشكل العلى الذى تصلح به للتطبيق . هذه الدراســة نتولاها فى **فصل ثانى** : ـ صياغـة القاعدة القانونية .

الاقتصار على دراســة هذين الفصلين لا تمنعنا من التنـويه الى مضمون القاعدة القانونية وكيفية تكونه . اذ أن المصادر الرسمية التى تتولى التعبير الملزم عن القاعدة القانـونية لا تأتى بجوهـر القاعـدة من فراغ أو استنادا الى التفكير العقلى البحت ، وانما تستند فى استلهـام جوهر القاعدة الى مجموعة من **الحقائق الطبيعية** شأن تحديد سن الأهلية للزواج الذى يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع وتأثيره على درجة النضـج الجسـمى والجنسى . **أو الحقـاق الاقتصـاديـة** شـأن تأثير انتشـار الصناعـة فى أواخـر القرن التاسـع عشر على تنظيـم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال سواء فى مجـال قواعـد المسئوليـة تنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال سواء فى مجال قواعد المسئولية أو فى حق تكوين النقابات أو حق الاضراب . كما قد تكون **الحقـائق سياسية واجتماعية** مثال ذلك التمييز العنصرى السائد فى جنوب افريقيـا بين البيض والسـود وأثر ذلك على اختـلاف الحقوق باختلاف اللـون ، وتأثير نظام الأقطاع على قواعد الأرث فتحصره فى ابن الأسرة الأكبـر

وحرمان البنات من الأرث حتى يتم الاحتفاظ بالأموال فى نطاق الأسرة ٠ وقد تكون هذه **الحقائق دينية وأخلاقية ٠ أو تاريخية** كما قد تكون هذه الحقائق مثالية عقلية وفى هذه الأخيرة يظهر العنصر التقويمى للقاعدة القانونية متمثلا فى المثل الأعلى وهو العدل ٠

ـ بعد هذه الأشارة لمضمون القاعدة القانونية نفرغ لدراسة :

الفصل الاول

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية فى القانون المصرى ٠

الفصل الثانى

صياغة القاعدة القانونية ٠

الفصــل الاول

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية فى القانون المصرى

تمهيد : ـ

العلاقة بين م ٢ من الدستور ـ ١٩٧١ ـ و م ١ من القانون المدنى : ـ

ترتيب المصادر الرسمية وان ورد فى م١ من القانون المدنى الا أنه قصد به بيان المصادر الرسمية للقانون عموما (١) ٠

جاء نص م١ من القانون المدنى على النحو الآتى « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها ٠

فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسـلامية ٠ فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » ٠

يفهم من هذا النص أن التشـريع يعتبر مصدر أصلى عام ٠ فهـو **أصلى** بمعنى أنه يرجع اليه أولا وابتداء للبحث عن الحكم القانـونى فى النزاع ٠

وهو **عام** بمعنى أن الرجوع اليه ابتداء يكون فى كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بحتا بالاحـالة فى شأنها ابتداء الى مصـدر رسمى آخر ٠ ولقد تمت هذه الاحالة ـ فى القانون المصرى ـ فى مسائل معينة محددة هى بعض مسائل الأحوال الشخصيـة ـ غير المنظمة بنص تشريعى ـ الى الدين **كمصدر أصلى خاص** ٠

ولقد دعا الى ذلك الأزدواج فى المصدر الأصلى ما رسخ فى مصر من تقاليد من اعتبار مسائل الأموال الشخصية وثيقة الصلة بالدين (٢) ٠

ـ فى خارج نطاق هذه المسائل الخاصة ـ الأحوال الشخصية غير المنظمة بنص تشريعى ـ اذا لم نجد الحكم القانونى فى نطاق التشـريع باعتباره المصدر الأصلى العام ، فلقد رتبت م ١ من القانون المدنى المصادر

---

(١) الاعمال التحضيرية للقانون المدنى لى ج ١ ص ١٧٤ مشار اليه فى المدخل للعلوم القانونية ، د ٠ منصور ـ الطبعة الثانية ص ٩٥ ٠

(٢) انظر ذلك ٠٠ حسن كيرة : المرجع السابق ٠

الاحتياطية التى يجب الرجوع اليها بحثا عن الحكم القانونى ·

هذه المصادر الاحتياطية هى العرف · ثم يليه مبادىء الشريعة الاسلامية · ثم فى الدرجة الأخيرة مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة · ولقد سميت باسم المصادر الأحتياطية العامة لأنه لا يرجع لها الا فى حالة خلو التشريع من الحكم القانونى · ثم اذا رجع اليها فان القاضى يلتزم بالترتيب فيما بينها ·

من ذلك يتضح أن هناك مصدرين أصليين : —

— مصدر أصلى خاص وهو الدين ·
— مصدر أصلى عام وهو التشريع ·

ثم هناك **مصادر احتياطية عامة : —**

— العرف ·
— مبادىء الشريعة الاسلامية ·
— مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ·

بهذا الترتيب نتولى دراسة المصادر الرسمية كل فى مبحث مستقل ·

الا أنه يثور التساؤل عن أثر م٢ من الدستور على ترتيب المصادر الرسمية الوارد فى م ١ من القانون المدنى ·

اذ نصت م٢ من الدستور على أن (١) « مبادىء الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع » ·

نبادر الى القول بأن النص الدستورى لا يغير من ترتيب المصادر الرسمية للقانون كما وردت فى م ١ من القانون المدنى · ذلك أن النص لا يقصد الدلالة على المصدر الرسمى القاعدة القانونية الذى يجب الالتجاء اليه للبحث عن الحكم القانونى وانما قصد ما يجب أن يلتجأ اليه المشرع نفسه لاستلهام القاعدة التشريعية ·

لذلك فان هذا النص يتعرض للحقائق المساهمة فى تكوين مضمون القاعدة القانونية والتى درج الفقه على تسميتها « المصدر الموضوعى او المادى للقاعدة القانونية » · بحيث قصد أن يجعل مبادىء الشريعة

---

(١) معدلة بقرار مجلس الشعب فى ٣/٤/١٩٨٠ ·

الاسلامية **الحقيقة الأساسية** وان لم تكن **الوحيدة** التى يرجع اليهـا فى مرحلة تكوين مضمون القاعدة التشريعية مما قد يكون من شأنه أن يحدث انسجام وعدم تعـارض بين النصوص التشـريعية ومبـادىء الشـريعة الاسلامية ٠

وفقا لهذا المفهوم نعتبر فهما خاطئا للنص الدستورى بعض الأحكام القضائية التى طالعتنا مؤخرا بتطبيق لأحكام الشريعة الاسلامية على أنها **مصدر رسمى أصلى عـام** مهملة النصـوص التشـريعية المنظمة للمسألة موضوع النزاع فى حالة مخالفتها لحكم الشريعة الاسلامية ٠ مثال ذلك الحكم بقطع يد السارق أو جلد الزانى أو بطلان الأقراض بفائدة ٠

اذا كان الأمـر كذلك ما هـو حكم التشريعات المخـالفة لمبـادىء الشريعة الاسلامية سواء منها ما كان قائما قبل التعديل الدسـتورى (٣٠ / ٤ / ٨٠) أو ما صدر منها بعد التعديل الدستورى ؟

فى رأينا طالما أن النص الدستورى لم يقرر لسريانه مرحلة انتقالية فانه يقع على المشرع واجب ملائمة القواعد التشريعية جميعا لمبـادىء الشريعة الاسلامية ٠ بحيث ما يكـون منها مخالفا لهذه المبادىء يمكـن اثارة عدم دستوريته أمام المحكمة الدسـتورية العليا بالسبيل المرسـوم لذلك فى قانون هذه المحكمة ٠ ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جـواز تطبيقه من اليـوم التالى لنشر الحكـم ولقـد اسـتقر قضـاء المحكمة العليـا على أن الخصومة فى الدعـاوى الدستورية موجهة الى النصوص التشريعية المطعون فيها وأن الأحكـام الصادرة بعدم دستورية هـذه النصوص تكون ملزمـة لجميع جهـات القضـاء (١) ٠

---

(١) ويسجل هذا الحكم أيضا أن الدعوى المقامة بعدم دستورية نص تشريعى سبق صدور حكم من المحكمة العليا بعـدم دستوريته « حجة على الكافة فهو ذو حجية مطلقة يحسم الخصومة بشأن دستورية النص المطعون فيه حسما قاطعا مانعا لنظـر أى طعن يثور بشأن عـدم دستورية هذا النص » ٠ أنظـر هذا الحكم مشـار اليه فى « النظـام الدستورى المصرى ـ دستور سنة ١٩٧١ » د ٠ سـعد عصفور ١٩٨٠ ص ٢٨٨ ، أنظـر « دراسة قانونيـة وتحليلية حول قانـون المحكمـة

ولا نأخذ من جانبنا بالرأى الذى يقف عند أعتبار مطابقة التشريعات السابقة على التعديل الدستورى (١٩٨٠) مع مبادىء الشريعة الاسلامية يعتبر مجرد ألتزام يقع على السلطة التشريعية ٠

فاذا قعدت عن تنقيذه عدت مسئولة مسئولية سياسية عن هذه المخالفة ٠ ولا يجوز الطعن بعدم الدستورية على التشريعات السابقة على هذا التعديل الدستورى لأنها دستورية فى لحظة نشأتها وتظل كذلك الى أن تعدل أو تلغى عن طريق السلطة التشريعية (١) ٠

عدم تأييدنا لذلك الرأى يستند الى أنه من تاريخ التعديل الدستورى طالما لم يتقرر لتنفيذه فترة انتقالية فان جميع التشريعات المخالفة لمبادىء الشريعة الاسلامية وان ظلت صحيحة ونافذة الا أنه يجوز الحكم بعدم دستوريتها طالما لم يتم تعديلها (٢) ٠

ـ ازاء ذلك تتحدد خطة بحثنا فى هذا الفصل الى مبحثين :

الاول : المصادر الأصلية ٠
الثانى : المصادر الأحتياطية ٠

الدستورية العليا الصادر بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ » المستشار / أحمد ممدوح عطية فى مجلة مصر المعاصرة يناير ٧٩ ص ١٥ ٠ ـ م ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية « أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية ٠٠٠ ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة » ٠

١) أنظر د ٠ رمضان أبو السعود « الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى » الطبعة الثانية ١٩٨١ ـ ص ٦٩٤ ٠

(٢) أنظر م ١٩١ من الدستور « كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ٠ ومع ذلك يجوز الغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى هذا الدستور » ٠ أنظر أحكام محكمة عليا مؤيدة لهذا الاتجاه مشار اليه فى د ٠ سعد عصفور المرجع السابق ٢٨٧ ٠

المبحث الأول

المصادر الأصلية للقاعدة القانونية
فى القانون المصرى

تمهيد : -

يعتبر الدين مصدرا أصليا خاصا بالمقابلة بالتشريع المعتبر مصدرا أصليا عاما • يقصد بذلك أن ولاية الدين خاصة ولا تمتد الا لمسائل معينة هى تلك التى تخرج استثناء من ولاية التشريع العامة التى تمتد أصلا الى كل المسائل •

المطلب الاول

الدين مصدر أصلى خاص

الدين (اسلامى أو غير اسلامى) يعتبر مصدرا أصليا خاصا بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية التى لم يصدر بصددها تشريع موحد على المصريين كافة مسلمين أو غير مسلمين •

الدين وصولا الى هذا النطاق الضيق لاعتباره مصدر أصلى خاص **مر بمراحل ثلاث : -**

الاولى قبل التقنينات الأهلية والمختلطة (١٨٨٣ - ١٨٧٥) : -

منذ الفتح الاسلامى والى حين صدور هذه التقنينات كانت الشريعة الاسلامية المصدر الرسمى الأصلى العام لجميع المسائل (أحوال مالية • أحوال شخصية) وبالنسبة لجميع المواطنين أيا كانت ديانتهم ، اللهم بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين التى كانت محكومة بشريعتهم الدينية •

الثانية : -

بعد صدور التقنينات الأهلية والمختلطة : -

بصدور هذه التقنينات تراجعت الشريعة الاسلامية عن مكانتها الأولى لتنحصر فى كونها مصدر رسمى أصلى فى المسائل التى لا تنظمها هذه التقنينات • وباعتبار أن المجال الذى نظمته هذه التقنينات ينحصر فى « الأحوال المالية » ، فلقد ظلت الأحوال الشخصية محكومة بالنسبة للمسلمين بالشريعة الاسلامية ، وبالنسبة لغير المسلمين بشريعتهم

الدينية • وهذا ما يطلق عليه اعتبار الدين (اسلامى أو غير اسلامى) مصدرا أصليا خاصا لمسائل الأحوال الشخصية •

على ذلك كان يتوقف على تحديد المقصود بالأحوال الشخصية تحديد نطاق أعتبار الدين مصدر أصلي خاص بشأنها • ولقد ساهمت م ١٣ من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ في تحديدها • ذلك بحصرها في مسائل محددة يظهر فيها الأرتباط المباشر أو غير المباشر بالعقيدة :

١ ـ المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم •

٢ ـ المسائل المتعلقة بالأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والاوطة ، ونظام الأموال بينهما ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها والألتزام بالنفقة وتصحيح النسب والتبنى •

٣ ـ المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا •

٤ ـ المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا •

ثالثة : ـ

خرجت المسائل المبينة فى البند الاول والثالث من نطاق المسائل التى يعتبر الدين بالنسبة لها مصدر أصلي خاص ، وذلك لتنظيمها بتشريع موحد ينطبق على المصريين أيا كانت ديانتهم •

كما أنه صدر تشريع موحد بالنسبة للمسائل المنصوص عليها فى البند الرابع (المواريث والوصايا) ، أى أصبح التشريع بالنسبة لها المصدر الأصلي • مع مراعاة أنه يباح لغير المسلمين أن يتفقوا على الأحتكام الى شريعتهم الدينية بالنسبة لها ، اذا توافرت شروط معينة (١) •

---

(١) هذه الشروط هى : ـ
ـ أن يعتبروا ورثة طبقا للشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية •
ـ أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى •
ـ أن تتوافر الشروط الاخرى التى يستلزمها القانون لتطبيق شريعتهم •

كذلك نظم المشرع مسائل الوقف بتشريع موحد ينطبق على المصريين كافة ٠

ـ بذلك ينحصر اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا فى مسائل الأحوال الشخصية المبنية فى البند الثانى ٠ بحيث تكون الشريعة الاسلامية (الراجح من مذهب أبى حنيفة) هى المرجع للأحكام القانونية فى هذه المسائل بالنسبة للمسلمين (١) ٠ أما بالنسبة لغير المسلمين فان الحكم القانونى فيها يستمد من شريعتهم الدينية ٠ الا أن الأحتكام بالنسبة لغير المسلمين الى شريعتهم لا يكفى بشأنه عدم وجود تشريع موحد بل يشترط تحقق الشروط المستلزمة بالمادة السادسة من القانون سنة ١٩٥٥ وهى :

ـ اتحادهم فى الطائفة والملة ٠
ـ وجود جهة قضاء ملى منظم لهم قبل آخر سنه ١٩٥٥ ٠
اتفاق أحكام شريعتهم مع النظام العام ٠

فاذا لم تتوافر هذه الشروط أو تخلف احدها طبقت الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ٠

---

(١) علما بأنه بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين المختلفين فى الملة والطائفة بخصوص بعض المشاكل كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق صدرت تشريعات تنظمها ٠ بحيث أصبح التشريع هو المصدر الأصلى المباشر بالنسبة لها وبقيت الشريعة الاسلامية مجرد أصل تاريخى لهذه القواعد التشريعية ٠

المطلب الثانى

التشريع مصدر أصلى عام

تمهيد : -

يطلق اصطلاح التشريع للدلالة على المصدر الذى يتولى التعبير الملزم عن القاعدة القانونية فى صورة مكتوبة (١) كما قد يطلق هذا الاصطلاح للدلالة على القواعد القانونية نفسها التى تكتسب صفتها الملزمة بصدورها مكتوبة عن السلطة المختصة شأن تشريع الضرائب أو التشريع العمالى · ويمكن التمييز بين المعنيين من سياق الكلام ·

علما بأنه وان عد تشريعا على أساس المعيار الشكلى كل ما يصدر من السلطة المختصة بالتشريع ، الا أن القاعدة التشريعية كمصدر رسمى لا تكون الا اذا تحقق لها المعياران الشكلى والموضوعى معا · بحيث الى جانب صدورها من ا لسلطة المختصة بالتشريع لابد أن يجتمع لها خصائص القاعدة القانونية السابق الاشارة اليها · فاذا تخلفت عنها هذه الخصائص كما اذا صدرت خاصة بشخص معين بذاته أو متعلقة برابطة أو واقعة معينة بذاتها فانها تخرج عن مفهوم التشريع كمصدر وان عدت تشريعا من الناحية الشكلية (٢) ·

- التشريع بمعنى المصدر يختلف من دلالة لاخرى بحسب النظام الدستورى المعمول به ، بالنسبة لمصر يأخذ بمبدأ تعدد السلطات من ناحية ومبدأ تدرج التشريع من ناحية أخرى · فيوجد فى النظام

---

(١) السلطة المختصة باصدار التشريع هى عادة السلطة التشريعية (مجلس الشعب فى دستورنا) ، ومع ذلك فان هناك سلطات أخرى تختص بالتشريع شأن الدستور الذى يصدر عن السلطة التأسيسية واللوائح التى تصدر عن السلطة التنفيذية فى حدود أختصاصها التشريعى ·

(٢) راجع م ١١٥ ، م ١١٦ من الدستور المقررة وجوب صدور الميزانية والتعديل فيها بقانون مجلس الشعب ، م ١٥١ من الدستور التى تقرر أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة ··· تجب الموافقة عليها من مجلس الشعب ·

الدستورى المصرى **سلطات ثلاث :** تشريعية وتنفيذية وقضائية • وتختص السلطة التشريعية أصلا بوضع التشريع العادى • وتختص السلطة التنفيذية بوضع التشريع الفرعى • أما التشريع الأساسى وهو الدستور فيتم وضعه بطرق مختلفة من دستور الى آخر (١) •

ـ فندرس تباعا سن التشريع بأنواعه المختلفة • ثم نفاذه • وأخيرا مبدأ تدرج التشريع •

الفرع الاول

سن التشريع

تختلف طريقة سن التشريع باختلاف نوعه •

١ ـ الدستور : ـ

ـ هو التشريع الأساسى الذى يبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتوزيع السلطات وعلاقاتها • وحقوق الأفراد قبل الدولة •

يتنوع مصدر الدستور من دولة لأخرى ، فقد يصدر فى صورة منحة من الحاكم أو أتفاق بين الحاكم والمحكومين كما قد يصدر من جمعية تأسيسية منتخبة لأجل هذا الغرض كما قد يجمع بين ذلك وبين عرضه بعد ذلك على أستفتاء شعبى (٢) •

تختلف الدساتير فيما بينها من حيث طريقة تعديلها الى دستور مرن ودستور جامد •

الدستور المرن هو ذلك الذى يتم تعديله بذات الطريقة التى يتم بها اصدار التشريع العادى • أما **الدستور الجامد** فهو ذلك الذى يتم تعديله باجراءات مختلفة ـ ينص عليها ـ عن اجراءات اصدار التشريع العادى •

---

(١) أنظر د• سمير تناغو « النظرية العامة فى القانون » ١٩٧٤ •

(٢) تنص م ١٩٣ من دستور مصر ـ ١٩٧١ ـ على أنه « يعمل بهذا الدستور من تاريخ اعلان موافقة الشعب عليه فى أستفتاء » • وكان قد تم الموافقة على هذا الدستور ـ قبل طرحه للأستفتاء ـ من مجلس الأمة •

ويعتبر دستورنا الحالى ـ ١٩٧١ ـ من الدساتير الجامدة (١) ٠

٢ ـ التشريع العادى : ـ

يقوم بسنه السلطة التشريعية فى الدولة وفقا لأختصاصها المحدد بالدستور ٠ فى مصر تتمثل هذه السلطة فى مجلس الشعب (٢) ٠

يمر سن التشريع بمرحلتين :

الاولى الاقتـــراح ٠

الثانية المناقشة والتصويت ٠

ولقد أعطى الدستور ـ م ١٠٩ ـ حق أقتراح القوانين لكـل من رئيس الجمهورية ولأى عضـو من أعضاء مجلس الشعب ٠ ثم يحـال المشروع المقترح الى احدى لجان مجلس الشعب لفحص وتقديم تقريـر عنه (٣) ٠

ـ ولا يكون انعقاد المجلس صحيحا لمناقشة مشروع القانون الا بحضور أغلبية أعضـائه ٠ ويتخـذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة ٠ وتساوى الآراء يعد بمثابة رفض لمشروع القانون (٤) ٠

بصدور قرار مجلس الشعب بالموافقة على مشروع القانون فان عملية سن التشريع تكون قد تمت (٥) ٠

---

(١) أرجع م ١٨٩ من الدستور ٠

(٢) م ٨٦ « **يتولى** مجلس الشعب **سلطة التشريع** » ٠

(٣) م ١١٠ من الدستور أنظر الفارق بين المشروع المقترح من عضو مجلس الشعب ومن رئيس الجمهورية ٠

(٤) أنظر م ١٠٧ من الدستور ٠

(٥) أنظر م ١١٣ من الدستور ٠ التى تقرر لرئيس الجمهورية حق الأعتراض على مشروع القانون الذى تمت الموافقة عليه من مجلس الشعب فى خلال ٣٠ يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه ٠ وفى هذه الحالة يشترط لاقرار المشـروع الموافقة عليه ن جانب مجلس الشـعب بأغلبيـة ثلثى أعضائه ٠

٣ ـ التشريع الفرعي : ـ

هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بمالها من أختصاص تشريعي محدد • وأختصاصهـا فى ذلك هو أختصـاص أصلى يثبت لها حتى مع قيام السلطة التشـريعية التى يوكل لها أصـلا مهمة التشريع • ويطلق على هذا النوع من التشريع أسم اللائحة تمييزا له عن القرار الفردى الذى لا يضع قاعدة قانونية (١) •

واللوائح على **أنواع ثلاثة : ـ**

ـ لوائح تنفيذية : ـ

وهى التى تصـدر متضمنة بيان التفصيـلات المعينة على تنفيـذ القوانين الصادرة من السلطة التشـريعية العادية • ولما كان هـذا هـو غرضها فانها لا تملك تعديلها • أو تعطيلها أو الغائها (٢) • هذه يختص باصدارها رئيس الجمهورية أو من يفوض فى ذلك ما لم يحدد القانون الجهة التى تصـدر القرارات اللازمة لتنفيـذه (م ١٤٤ من الدسـتور الحالى) •

ـ لوائح تنظيمية : ـ

وهى تلك التى تتكفل بانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة • كانشاء الوزارات والمصالح وتحديد اختصاصاتها والغائهـا • ويختص رئيس الجمهورية باصدارها ـ (م ١٤٦) •

ـ لوائح الضبط والأمن : ـ

هى تلك التى تصدر بقصد المحافظة على الأمن والسكينة والصحة العامة • مثال ذلك لوائح تنظيم المرور وتلك لمراقبة الأغذية والباعـة المتجولين • ويتولى اصدارها رئيس الجمهورية ـ م ١٤٥ ـ بنـاء على عرض الوزير المختص •

قبل أن ننتقل الى مرحلة نفاذ التشريع ، نتعرض للحالات التى تحل فيها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى •

---

(١) أرجع الباب الأول فى كتابنا فى خصائص القاعدة القانونية •

(٢) أرجع م ٣٧ من الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ كذلك م ١٤٤ من الدستور الحالى •

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى : -

قرر الدستور لرئيس الجمهورية سلطة سن تشريعات عادية بقرارات بقوانين تصدر منه اقتطاعا من الأختصاص الأصيل المقرر للسلطة التشريعية العادية • ذلك مقرر فى حالات ثلاث : -

١ - اللوائح التفويضية (الاستناد الى تفويض من مجلس الشعب) : -

يلجأ عادة لهذا التفويض لمواجهة الظروف الاستثنائية التى تواجهها الدولة وبخاصة أوقات الحروب والأزمات الأقتصادية ، التى لا تحتمل الوقت الطويل الذى يستغرقه اجتماع البرلمانات ومناقشتها لمشروعات القوانين •

ولقد صدرت م ١٠٨ من دستورنا الدائم ضوابط اصدار التفويض • وهذه يمكن ايجازها فى الآتى : -

- لا يجوز أن يتم التفويض الا فى حالة الضرورة والأحوال الاستثنائية • وفى ذلك حث لمجلس الشعب على التحرز فى تفويض سلطته التشريعية •

- التفويض لا يجوز أن يكون الا لرئيس الجمهورية • علما بأنه لا يملك أن يفوض غيره بالتفويض المقرر له •

- أستلزم الدستور لصدور التفويض موافقة أغلبية ثلثى أعضاء مجلس الشعب • ولا يكفى موافقة الأغلبية العادية للحاضرين أو أغلبية

٢
——— الحاضرين •
٣

- كما يلزم أن يكون التفويض لمدة محددة وبالتالى لا ينبغى أن يكون التحديد غامضا أو مجهلا •

- كما يلزم أن يكون التفويض محددا للموضوعات التى تصدر بشأنها اللوائح التفويضية والأسس التى تقوم عليها •ومن الطبيعى -

أن يطالب رئيس الجمهورية بالألتزام بحدود التفويض (١) .

- يلزم عرض القرارات الصادرة بناء على هذا التفويض على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . ويترتب على عدم عرضها أو عدم موافقة المجلس عليها فى حالة العرض - زوال ما كان لها من قوة القانون بأثر فورى وليس بأثر رجعى .

هذه القرارات بقوانين لها قوة القانون فيمكن أن تعدل أو تلغى القوانين ، لكن لابد أن تحترم الدستور . ومع ذلك فهى الى حين اقرارها من مجلس الشعب تعد قرارات ادارية ومن ثم تخضع . لرقابة القضاء الادارى الغاء وتعويضا .

٢ - تشريع الضرورة : -

المقصود بها مواجهة الظروف غير العادية التى لا تحتمل التأخير . ولقد بنيت ضوابط هذه المكنة المادة ١٤٧ من الدستور الدائم .

اذ يشترط حدوث ما يوجب الاسراع الى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير . وهو ما يعبر عنه بقيام حالة الضرورة . علما بأنه يترك للسلطة التنفيذية تقدير قيام حالة الضرورة ، فلا يصح لها أن تتخذ من الزعم بقيام حالة الضرورة ذريعة للأعتداء على اختصاص السلطة التشريعية . وعندما تقرر السلطة التنفيذية قيام حالة الضرورة فانها تخضع للمساءلة السياسية طبقا للأوضاع المحددة فى الدستور .

كما يشترط لامكان استخدام هذه المكنة عدم وجود البرلمان سواء فى فترة العطلة البرلمانية أو حالة حل المجلس أو وقف جلساته .

---

(١) ولقد أصدرت محكمة النقض حكما شهيرا فى هذا المعنى بتاريخ ١٩٧٤/٣/٧ مجموعة السنة ٢٥ مدنى ص ٦١ مشار اليه فى د . سعد عصفور « النظام الدستورى المصرى » ١٩٨٠ ص ١٤١ حيث أعتبرت أن القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ باحالة بعض القضاة الى المعاش قد صدر مخالفا نصا وفحوى للقانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ الذى فوض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات بقوانين فى جميع الموضوعات التى تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة امكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربى والأقتصاد الوطنى وبصفة خاصة فى كل ما يراه ضروريا لمواجهة الظروف الأستثنائية .

— ويجب عرض القرارات بالقوانين الصادرة في هذا المقام على مجلس الشعب — واجب دستورى — خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته .

فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك . واذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفقرة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر (١) .

ولئن كانت هذه القرارات لها قوة القانون الا أنه من الواجب أن تحترم الدستور ، التزاما بمبدأ علو الدستور .

كما أن القضاء أستقر فى معظم الدول على أن لوائح الضرورة وان كانت لها قوة القانون الا أنها لحين اقرارها من البرلمان هى مجرد قرارات ادارية صادرة من الادارة ، ومن ثم تخضع للرقابة القضائية الغاء وتعويضا (٢) .

٣ — نص م ٧٤ من الدستور — اتخاذ الاجراءات السريعة فى حالة الخطر : —

تنص م ٧٤ من الدستور الدائم على أنه « لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الأجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بيانا الى الشعب ، ويجرى الأستفتاء على ما أتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها » .

---

(١) الحكمة من تقرير زوال أثر هذه القرارات بقوانين بأثر رجعى هو ضمان عدم أختلاق السلطة التنفيذية لمبررات وهمية للتدخل فى أختصاص السلطة التشريعية العادية .. راجع القرارات بقوانين أرقام ١٤٦ ، ٤٧ ، ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية ، ومجلس الدولة وتنظيم الجامعات . اذ ليست من الموضوعات التى تحتمل التأخير أرجع د . سيد [illegible]ران (الموجز فى مبادىء القانون — ١٩٨٢) .

(٢) أنظر حكم محكمة قضاء [illegible] فى ١٢ / ١٢ / ١٩٥٤ مشار اليه فى د . سعد عصفور المرجع السابق ص ١٠٥ .

- الخطر الموصوف فى النص الدستورى يخول لرئيس الجمهورية وحدة سلطة اتخاذ الاجراءات اللازمة لمواجهته • ويترك لرئيس الجمهورية سلطة تقدير الخطر الذى يستلزمه تدخله (١) •

ومن الجدير بالذكر أن تدخل رئيس الجمهورية يكون فى وجود مجلس الشعب وليس فى غيبته • شأن ذلك ما حدث بمناسبة أحداث ١٨ و١٩ يناير سنة ١٩٧٧ حيث أصدر رئيس الجمهورية قرارا بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ متضمنا انشاء جرائم وتقرير عقوبات (٢) مستندا الى نص م ٧٤ من الدستور •

واننا لنؤيد الفقه الدستورى الذى يرى أن رئيس الجمهورية لا يملك استنادا الى نص م ٧٤ اصدار قوانين وانما مجرد اجراءات • على اعتبار أن اصدار التشريعات العادية انما هو أختصاص أصيل لمجلس الشعب لا ينزع منه الا أستثناء وبالنص الصريح • وحيث لم ينص المشرع الدستورى عليه فلا يمنح لرئيس الجمهورية • وفى رأينا أن الحالة الوحيدة التى يجوز فيها لرئيس الجمهورية فى وجود مجلس الشعب اصدار قرارات بقوانين هى حالة التشريع التفويضى •

على ذلك فاننا نفسر الاجراءات المنصوص عليها فى م ٧٤ على أن المقصود بها :

التدابير والأحتياطات والأعمال الادارية والمادية وغيرها مما يدخل

---

(١) يعيب صياغة النص الدستورى أنها جاءت فضفاضة وخلت من الضمانات التى قررتها م ١٦ من الدستور الفرنسى التى من شأنها أن تحقق التؤدة والتأنى فى اتخاذ مثل هذه الأجراءات •

(٢) من ذلك تقرير الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة لكل من يشارك أو يدعو الى انشاء التنظيمات السرية أو المعادية لنظام المجتمع أو ذات الطابع العسكرى • والعقاب بالأشغال الشاقة المؤبدة لكل من يتجمهر أو يحرض على التجمهر أو يشجعه بقصد تخريب أو أتلاف الأملاك العامة أو التعاونية أو الخاصة - أنظر تفصيل القرار بقانون فى الدكتور سعد عصفور المرجع السابق ص ٩٩ •

بطبيعته فى أختصاص السلطة التنفيذية (١) • وعلى كل حال فقد أوجب المشرع الدستورى عرض ما يتخذ من هذه الأجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها على الشعب ليستفتى بشأنها (٢) •

ــ ذلك عن ســن التشريع من جانــب السلطــة المختصة أصــلا (سلطة تشريعية عادية ــ سلطة تشريعية فرعية) أو أستثناء (حالات حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية) فماذا عن نفــاذه ؟

الفرع الثانى : ــ نفاذ التشريع

لنفاذ التشريع لابد من استيفاء اجرائين : ــ

ــ الاصدار •

ــ النشر •

١ ــ الاصــدار : ــ

هو عمل تنفيذى وليس عملا تشريعيا ، يقصد به وضع التشريع موضع التنفيذ عن طريق توجيه الأمر من رئيس السلطة التنفيذية الى عمالها للعمل على تنفيذه •

بالنسبة للتشريع العادى يقوم بعملية الاصدار رئيس الجمهورية أستجابة لمبدأ الفصل بين السلطات (م ١١٢ من الدستور) •

المدة الواجب أن يتم فيها الاصــدار وان لم يحــددها المشــرع الدستورى صراحة ، الا أنه أستنادا للمادة ١١٣ من الدستور التى تقرر لرئيس الجمهورية حق الأعتراض على القوانين فى خــلال ٣٠ يوما من تاريخ ابلاغه بها من المجلس ، يمكن القول أن الاصدار يصبح واجبا دون أجل بمجرد أنتهاء مدة الثلاثين يوما السابقة (٣) •

بالنسبة للتشريع الفرعى وهو صادر من السلطة التنفيذية التى

---

(١) أرجع د • سعد عصفور المرجع السابق ص ١٠٠ •

(٢) ولا يغيب عن الذهن ما يستوجبه الاستفتاء الشعبى من نضج سياسى وممارســة حقيقية للحــريات الاســاسية حتى يأخذ الطابــع الديموقراطى •

(٣) أرجع د • سعد عصفور المرجع السابق •

تتولى تنفيذه أيضا فان الاصدار يكون غير ذى معنى ·

أما بالنسبة للتشريع الأساسى (الدستور) فان سنه بطريقة ديموقراطية (أستفتاء عام أو جمعية تأسيسية منتخبة) تجعل الاصدار من رئيس الجمهورية غير ذى مقتضى · لأن السلطة التى قامت بوضعه هى السلطة التأسيسية التى تنشىء السلطات الثلاث جميعا ، وبذلك لا حاجة للأستعانة برئيس السلطة التنفيذية لجعل الدستور قابلا للتنفيذ (١) ·

٢ ـ النشر : ـ

وظيفة النشر هى توفير وسيلة يطمئن اليها لاعلام الناس بالتشريع · بالنسبة **للدستور** · فلقد نصت م ١٨٩ على نفاذه من تاريخ اعلان نتيجة الاستفتاء لما يوفره من علانية كافية · بالنسبة **للتشريع العادى** فلقد نصت م ١٨٨ من الدستور على أنه « تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها الا اذا حددت لذلك ميعادا آخر » ·

من ذلك يتبين أن النشر فى الجريدة الرسمية يعتبر الوسيلة الوحيدة التى يفترض معها علم الكافة بالتشريع بحيث لا تغنى عنها أى وسيلة أخرى (النشر فى الجرائد اليومية ـ اذاعتها فى الاذاعة ـ العلم الحقيقى) · كما أنه باستيفاء النشر لا يعذر أحد بالجهل بالقاعدة القانونية ·

ونظرا لأنه قد يحدث من الناحية العملية أن يتأخر ظهور الجريدة الرسمية ويتأخر بالتالى توزيعها الفعلى عن التاريخ المطبوع عليها ، فان العبرة تكون لا بالتاريخ المطبوع ، بل بالتاريخ الفعلى للطبع والتوزيع (٢) ·

---

(١) م ١٨٩ من الدستور الدائم « ··· أعتبر نافذا من تاريخ اعلان نتيجة الأستفتاء » ·

(٢) أرجع حكم نقض مدنى ٢٤ / ٦ / ١٩٥٨ مشار اليه فى د · سمير تناغو المرجع السابق ·

كذلك فانه يقبل العذر بالجهل بالقانون اذا حالت قوة قاهـــرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا الى منطقة من مناطق الجمهورية كما اذا كان ذلك بسبب فيضان أو ثورة أو غير ذلك ٠

ولقد أوجب التشريع الدستورى أن يتم التشريع خلال أسبوعين على الأكثر من يوم اصداره ٠ وذلك حتى لا تتلكأ السلطة التنفيذية فى نشر التشريع رغم موافقة مجلس الشعب عليه وصـــدور قرار رئيس الجمهورية باصداره ٠

ولقد قرر التشريع الدستورى نفاذ التشريع العادى **بعد شهر** من اليوم التالى لتاريخ نشـــره مالم يحدد التشـــريع العـــادى **تاريخا آخر** لنفاذه (١) ٠

ـ بالنسبة **للتشريع الفرعى** ٠ فالنشر لازما كذلك لنفاذه ٠ ولقد خصصت الجريدة الرسمية لنشر التشـــريع العادى وقـــرارات رئيس الجمهورية بينما خصصت الوقائع المصـــرية لنشر القرارات الوزاريـــة والاعلانات الحكومية والقضائية ٠

باستيفاء مرحلتى السن ٠ والنفاذ يدخل التشريع فى العمل ٠
التشريعات على تنوعها السابق ليست على ذات الدرجة من القوة فهى تتدرج فيما بينها ٠

الفـــرع الثالث : ـ

تدرج التشريعات

تتدرج التشريعات فيما بينها بحيث نجـــد الدستور على قمـــة التنظيم القانونى يليه فى المرتبة التشريع العادى وفى النهاية التشريع الفرعى ٠

مقتضى هذا التدرج ، وجوب أحترام التشريع الأدنى للتشريع الأعلى بحيث لا يجوز مخالفته كما لا يتسنى له أن يعدله ولكن ما الحكم

---

(١) صدر القانون المدنى فى ١٩٤٨/٧/٢٩ وعمل به ابتـــداء مـــن ١٥ / ١٠ / ١٩٤٩ ٠

اذا ما تحققت المخالفة ، كما اذا خالف تشريع عادى أحكام الدستور أو خالف تشريع فرعى تشريع عادى أو الدستور ٠

هل يملك القضاء الرقابة على صحة التشريعات ؟

- الرقابة على صحة التشريعات : -

يميز بين المخالفة من حيث الشكل والمخالفة من حيث الموضوع ٠

١ - المخالفة من حيث الشكل : -

يقصد بذلك عدم أتباع الأوضاع اللازمة لسن التشريع أو نفاذه ٠

كما اذا لم ينشر فى الجريدة الرسمية أو صدر من سلطة غير مختصة ٠فى هذه الحالة سواء تعلق الأمر بتشريع عادى أو فرعى فان على المحاكم أن تمتنع عن تطبيق التشريع المخالف ٠

٢ - المخالفة من حيث الموضوع : -

بهذا الخصوص يميز بين الرقابة على صحة التشريع الفرعى ٠ والتشريع العادى ٠

أ - التشريع الفرعى : -

كما اذا صدرت لائحة تجيز الأستيلاء على الأموال الخاصة دون تعويض مخالفة للمبدأ الدستورى المقرر فى م ٣٤ من الدستور (١) ٠

من المسلم به فى هذا المقام ، أن للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق التشريع الفرعى المخالف لمبدأ التدرج ٠ بل ان محكمة القضاء الإدارى تملك الغاؤها اذا ما طلب منها ذلك فى خلال مدة معينة ٠

ب - التشريع العادى : -

كما اذا صدر تشريع يحد من حرية العقيدة لبعض المواطنين مخالفا المبدأ الدستورى المقرر فى م ٤٦ (٢) ٠

---

(١) م ٢٤ « الملكية الخاصة مصونة ٠٠٠٠ ولا تنزع الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون » ٠

(٢) م ٤٦ « تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية » ٠

- قبل عام ١٩٤٦ كان هناك خلاف فقهى وقضائى فى مصر بين أنصار الرقابة على الدستورية وبين معارضيها • فى عام ١٩٤٦ تبنت محكمة القضاء الادارى مبدأ الرقابة على الدستورية عن طريق الامتناع عن تطبيق التشريع الادنى المخالف لمبدأ علو الدستور •

بصدور قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ أصبح من حق هذه المحكمة وحدها مراقبة دستورية القوانين عن طريق الدفع • بصدور الدستور الدائم - ١٩٧١ - تقرر انشاء المحكمة الدستورية العليا للقيام بهذه الوظيفة ، كما صدر القانون المنظم لها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ •

ويتم عرض الأمر على المحكمة الدستورية سواء بالاحالة من جانب أحدى المحاكم اذا تراءى لها عدم دستورية نص قانون أو لائحة لازمين للفصل فى النزاع أو عن طريق دفع أحد الخصوم أمام محكمة النزاع بعدم دستورية نص أو لائحة وذلك اذا ما أرتأت المحكمة أن الدفع جدى (م ٢٩ من قانون المحكمة) •

وتكون أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة بأعتبار أن الحكم الصادر بعدم الدستورية موجه الى النص التشريعى نفسه • (م ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا) •

- ذلك عن التشريع كمصدر أصلى عام • الذى لابد أن يلجأ اليه القضاء أولا بحثا عن الحكم القانونى فى النزاع ، فاذا لم يجد نص تشريعى بخصوص المسائلة موضوع النزاع ألتجأ الى المصادر الأحتياطية على الترتيب الوارد فى م١ من القانون المدنى •

المبحث الثانى

المصادر الأحتياطية

فى غير مسائل الأحوال الشخصية (١) اذا لم يوجد نص تشريعى فى المسائلة موضوع النزاع تعين الألتجاء الى المصادر الأحتياطية • اذ قد يغفل التشريع معالجة أمر من الأمور أو قد يستجد أمر لم يكن محل معالجة تشريعية ، سدا لكل نقص تشريعى من هذا القبيل تقف المصادر الأحتياطية خلف التشريع كمصـدر أصلى ، ذلك ولقد أوردت م ١ من القانون المدنى ترتيب المصادر الأحتياطية على الوجه الآتى :

- العرف •
- مبادىء الشريعة الاسلامية •
- مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة •

المطلب الاول

العـرف

ندرس العرف كمصدر أحتياطى من خلال التعرف على : ـ

أولا : ماهية العـرف : ـ

١ ـ تعريفه •
٢ ـ أركـانه •
٣ ـ التمييز بينه وبين العادة الاتفاقية •

ثانيا : منزلة العرف بين المصادر الرسمية للقانون •

ثالثا : دور العرف فى فروع القانون المختلفة •

---

(١) فى مسائل الأموال الشخصية اذا لم يوجد نص تشـريعى موحد على المصريين أيا كانت ديانتهم تعين الرجوع الى الدين كمصدر أصلى خاص على التفصيل المتقدم ذكره •

أولا : ماهية العرف :

١ - تعريفه : -

هو مجموعة القواعد القانونية التى تنشأ من أطراد الناس عامة أو فئة منهم على اتباع سلوك معين لمدة طويلة مع أعتقادهم بالزامها وبأن مخالفتها تستتبع توقيع الجزاء المادى ·

بهذا المفهوم فان العرف ينشأ تلقائيا من ضمير الجماعة دون تدخل من أى سلطة خارجية ·

٢ - أركانه : -

يمكن تحليلها الى ركنين : -

- ركن مادى ·

- ركن معنوى ·

أ - الركن المادى : -

(الأطراد على اتباع سلوك معين) ·

يمكن تعريفه بأنه ذلك الأعتياد على اتباع سلوك معين والذى يستنتج معه استقرار الجماعة على الألتزام به ·

من قبيل ذلك العرف الذى جرى على أن التضامن يفترض بين المدينين فى المعاملات التجارية على عكس المعاملات المدنية (١) ·

على عكس ذلك قضت محكمة النقض بأنه لا يوجر عرف فى مصر بأن الزوج هو وكيل عن زوجته فى معاملاتها المالية لمجرد كونه زوجا (٢) ·

- هذا الأعتياد بذلك المفهوم لا يتحقق عادة الا **باستمرار** أتباع العادة السلوكية لمدة طويلة (٣) · الا أنه نظرا لاستحالة التحديد المسبق للمدة المستلزمة لتكوين العرف ، فان القدم اللازم للقول بوجود العرف يترك تقديره للقضاء ·

---

(١) هذا العرف قنن فى التشريع المصرى ·
(٢) مشار اليه فى د · سمير تناغو المرجع السابق ص ٤٢٩ ·
(٣) وهو ما يعبر عنه بشرط « القدم » ·

ـ تحقق هذا الاعتياد لا يستلزم الاجماع على أتباع السلوك ، وانما يكتفى بأن يكون الأعتياد مشهورا وشائعا بحيث يمكن التحقق من وجود العرف بطريقة لا تدع مجالا للشـك • لهذا فانه يكتفى لتحقـق الركن المادى للعـرف من أعتيـاد الأغلبيـة الساحقـة على اتبـاع ذات السلوك •

وباعتبار أن العرف قاعدة قانونية فانه يشترط فى شأنه التجريد على ما سبق بيانه • الا أن ذلك لا يتعارض مع وجود العرف المحلى الذى ينحصر فى نطاق اقليمى معين والعرف المهنى أو الطائفى الذى يتحـدد نطاقه بفئة معينة (تجـار ـ زراع ••••) الى جانب العرف الشـامل الذى يحكم فى خصوص ما جاء به علاقات الأفراد فى الدولة كلها بغض النظر عن الأقليم أو الطائفة التى ينتمى اليها الفرد (١) •

يشترط أخيرا ليتحقق للأعتياد مقوماته ، ألا يكون السلوك الذى تعود الناس عليه مخالفا للنظام العام والآداب فى الجماعة •

هذا الأشتراط تظهر جدواه فى الواقع فى **حالتين** : ـ

الاولى : حالة العرف المحلى أو المهنى الذى يشترط أحترامه للنظام العام فى الجماعة (٢) •

الثانية : حالة مخالفة العرف لقاعـدة تشريعية متعلقة بالنظام العام والأداب (٣) • أما اذا نشأ الاعتياد عن عرف شامل للجماعة كلها ولم يكن هناك مخالفة لقاعدة تشريعية ، فانه لا يتصور مخالفة العرف

---

(١) بل يتصور أن يكون العرف خاصا بفرد واحد غير معين بذاته كما هو الحال بخصوص العرف الدستورى الذى يخول لرئيس الدولة سلطات لائحية معينة •

(٢) أنظر حكم النقض الذى أنتهى الى أن نظام الرهبنة بما يقضى به ـ عرف طائفى ـ من أن كل ما يؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تكون ملكا للبيعة (للكنيسة) ليس فيه ما يخالف النظام العام •

(٣) أنظر د• توفيق فرج • المرجع السابق ـ مثال العرف بالأخذ بالثأر فى أقاليم معينة •

للنظام العام · اذ المفروض أن الجماعة نفسها هى التى تساهم فى تحديد مفهوم فكرة النظام العام (١) ·

هذا الاعتيـــاد المشهور المستمر طويل الأجل لا يكفى بمفـرده لتكوين العرف ، بل يجب أن يضاف اليه الركن المعنوى ·

ب - الركن المعنوى · (الاعتقاد بالالزام) ·

يقصد به أن يتكون لدى المخاطبون بالقاعدة العرفية الاعتقـاد بأن المسلك الذى أعتادوا عليه ملزم لهم ·

وهذا ما يميز العرف عن المجاملات والتقاليد كتقديم الهدايا فى المناسبات والاعياد ·

كما أن هـذا الركن المعنـوى هو الذى يميز العـرف عن العـادة الاتفاقية التى يتحقق لهـا الركن المـادى دون الركن المعنـوى · لاهمية التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية نفرد له بند خاص ·

٣ - التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية : -

أ - معيار التمييز ·

ب - نتائج التمييز ·

أ - معيار التمييز : -

بينما يتحقق للعرف الركنين المادى والمعنوى فان العادة الاتفاقية لا يتحقق لها الا الركن المادى · بمعنى أنها مجرد أعتياد على اتباع سلوك معين ، علما بأن أتباع هذا السلوك لا يكون نتيجة عقيدة الالزام العامة به وانما بناء على انصراف ارادة ذوى الشأن بخصوص كل حالة على حدة الى الأخذ بها والعمل بمقتضاها · وبالتالى فان تطبيقها يكون على أعتبار

---

(١) أنظر د· شمس الدين الوكيل · المرجع السابق ·

أنظر فى ذلـك د · سمير تناغو المرجع السابق · حيث يـرى أن مايجب أن يحترمه العرف هو مبدأ التدرج وليس الموافقة مع النظام العام والأداب · فى رأينا أن كـلا الرأيين لهما جانب مشترك · اذ ضـرورة أحترام العرف لمبدأ التدرج فيه أحترام للضرورات الاجتماعية المعبر عنها عن مصدر رسمى أعلى منها فى الدرجة ·

أنها شرط من شروط الاتفاق بخلاف العرف الذى ينطبق بوصفه قاعدة قانونية ملزمة (١) ٠

انصراف ارادة ذوى الشأن الى الأخذ بمقتضى العادة الاتفاقية كما قد يكون صريحا قد يكون ضمنيا بحيث يتضح من ظروف الاتفاق والغرض منه والمعاملات السابقة بين المتعاقدين ومهنة كل منهما ٠

من أمثلة هذه العادات الاتفاقية ما جرت به العادة من أنه اذا قامت شركة بين شخصين وقدم أحدهما رأس المال وقدم الثانى العمل فقط ، فان الآرباح توزع بينهما على أساس الثلثين للأول والثلث للثانى ٠ كما أن العادة تجرى فى بعض الجهات على عد المائة من بعض أنواع الفاكهة مائة وعشرة أو مائة وعشرين ٠

على أساس من التعريف السابق للعادة الاتفاقية فانه يمكن التمييز بينها وبين العرف والقاعدة القانونية المكملة ٠

اذ بينما يشترط لتطبيق العادة الاتفاقية أتجاه ارادة ذوى الشأن الى الأخذ بها فان العرف المكمل (٢) والقاعدة التشريعية المكملة ليس من شروط تطبيقها اتجاه ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها وانما يكفى لانطباقهما عدم اتجاه ذوى الشأن الى أستبعادهما ٠

وباعتبار أن القاعدة القانونية المكملة (تشريعية أو عرفية) تسمح باستبعادها من جانب المخاطبين بها ، فان العادة الاتفاقية المتوفر شرط أنطباقها يمكنها أن تؤدى الى أستبعاد تطبيق القاعدة المكملة (٣)

---

(١) أنظر د ٠ حسن كيرة المرجع السابق ٠

(٢) من الطبيعى أن العرف الآمر لا يجوز أستبعاده من التطبيق شأنه فى ذلك القواعد القانونية الآمرة عموما ٠ من أمثلة ذلك ما كان موجودا فى مصر من قبل من عرف مثبت للأجانب التمتع ببعض الحقوق والأمتيازات ٠ أنظر د ٠ حسن كيرة المرجع السابق ص ٢٧٨ ٠

(٣) أنظر م ٢/٥٦٧ مدنى بشأن تحمل المؤجر بثمن المياه اذا قدر جزافا أو على المستأجر اذا قدر بالعداد ٠ فى مقابل ذلك العادة الاتفاقية التى تطرد فى بعض المدن على أن يتحمل المستأجر بثمن استهلاك المياه أو على أن يتحمل بها المؤجر فى بعض المدن الأخرى ٠

ولكنها لا تلغيها (١) ٠

على أنه اذا كانت العادة الاتفاقية لا يعمل بها الا اذا أتفق الأفـراد عليها باعتبارها شرط فى الأتفاق ، فانه فى حالة الاحالة عليها من المشرع نفسه بالنص فانهـا تأخذ حكم القاعـدة المكملة ٠ مثـال ذلـك م ٢٣٢ مدنى « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ٠٠٠٠٠ ذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » ٠

باعتبار أن معيار التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية ينحصـر فى توافر الركن المعنوى وتخلفه فى العادة ، فانه من المتصور أن تتحـول العـادة الى عـرف اذا أنفصـل الالـزام الذى يصاحب العـادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما عاما يقوم على عقيدة عامة فى وجوب أتباع السنة التى تجرى بها العادة ووجـوب كفـالة هذا الأحتـرام بقوة الجمـاعة أو الدولة (٢) ٠

ب ـ نتائج التمييز : ـ

١ ـ أفتراض أو عدم أفتراض العلم ٠

العرف يلزم المخاطبون به سواء علموا به أو لم يعلموا لأنه قاعدة قانونية ، ولا يعذر أحد بجهل القانون ٠ أما العادة فهى لا تطبق الا اذا قصد المتعاقدان أتباعها ٠ وبالتالى لا يتصور تطبيقها فى حالة جهل أحد المتعاقدان بها ٠

٢ ـ سلطة القاضى فى التطبيق : ـ

القاضى يلتزم بتطبيق العرف من تلقاء نفسه ودون أن يطلب منه ذلك ٠ أما العادة الاتفاقية فلا يلتزم القاضى بتطبيقها الا اذا تمسك بهـا صاحب المصلحة من المتعاقدين ٠

---

(١) علما بأن المشرع قد يخلط بين اصطلاح العرف واصطـلاح العادة ، فيحيل فى تكملة العقود الى العرف ، بينما هو يقصد الاحالة الى العادة الأتفاقية ٠ من هذا القبيـل م ٩٥ مدنى ، م ٤٢٢ ، ٤٦٤ مدنى ٠ أنظر د ٠ سمير تناغو المرجع السابق ص ٤٣٣ ٠

(٢) أنظر د ٠ حسن كيرة ٠ المرجع السابق ص ٢٧٩ ٠

- كما أنه يفترض علم القاضى بالعرف وبالتالى لا يلتزم الخصوم باثباته • بينما العادة شرط من شروط الاتفاق على ذوى المصلحة اثبات وجودها واثبات أنهم قصدوا اتباعها •

الا أنه من الناحية العملية (١) كثيرا ما يتعاون صاحب المصلحة مع المحكمة على اثبات القاعدة العرفية والكشف عن مضمونها • ذلك يظهر خاصة فى نطاق العرف المهنى والمحلى •

٣ - رقابة محكمة النقض : -

تراقب محكمة النقض حكم قاضى الموضوع فى شأن وجود العرف من عدمه وفى شأن صحة تطبيقه • ذلك لأن العرف قاعدة قانونية فيما لا رقابة على حكم القاضى بخصوص العادة الاتفاقية لأنها تعتبر مسألة موضوعية لقاضى الموضوع الرأى النهائى فيها •

بالانتهاء من ماهية العرف ، ندرس منزلة العرف •

ثانيا : - منزلة العرف بين المصادر الرسمية للقانون •

العرف وان عد تعبيرا مباشرا عن ضمير الجماعة ، الا أن بطىء تكوينه وعدم دقة صياغته جعلته يتخلف عن تلبية الحاجات المتجددة للجماعات الحديثة • ذلك جعل من التشريع المصدر الرسمى الأصلى ولم تبق للعرف اليوم أهمية تفوق التشريع الا فى بعض الدول لظروف خاصة •

- تقدم مرتبة التشريع عن العرف فى القانون المصرى : -

وفقا للمادة الاولى من القانون المدنى يعتبر العرف المصدر الاحتياطى للتشريع • بمعنى أن القاضى لا يلتجأ للعرف الا اذا لم يجد نصا تشريعيا يحكم المسائلة موضوع النزاع • وفى هذا المجال يلعب العرف دور تكميلى احتياطى •

- نتائج تخلف العرف عن التشريع فى المرتبة : -

---

(١) نماذج هذه المعاونة الأستنارة بما تعطيه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة • لكن يبقى القاضى هو الحكم فى شأن وجودالعرف من عدمه •

أحتراما لمبدأ التدرج فان العرف وهو تالى فى الدرجة للتشريع فانه لا يملك الغائه أو مخالفته · على عكس التشريع الذى يملك الغاء ومخالفة العرف · مع ذلك فانه يستحسن التفرقة بين التشريع الأمر والتشريع المكمل ·

عدم قدرة العرف على مخالفة أو الغاء التشريع الأمر : -

هذه القاعدة تستجيب لمبدأ التدرج وتقدم التشريع فى المرتبة عن العرف · علما بأن امكان مخالفة العرف التجارى للتشريع المدنى الأمر ليس فيه خروج عن مبدأ التدرج · لأن اعمال نتائج مبدأ التدرج يقتضى وحدة النطاق أو الولاية · والمعروف أن القانون المدنى يمثل الحكم العام الذى ينطبق فى حالة عدم وجود قاعدة قانونية تجارية خاصة · ولذلك فلا ألتجاء الى التشريع المدنى الا فى حالة عدم وجود قاعدة تشريعية تجارية ثم عدم وجود قاعدة عرفية تجارية · لذلك فلا تنازع بين العرف التجارى والتشريع المدنى لاختلاف نطاق التطبيق (١) · فالحكم الخاص يخصص العام ويسبقه فى التطبيق سواء كان الحكم الخاص تشريعيا أو عرفا أو كان الحكم العام تشريعا أو عرفا ·

- قدرة العرف على مخالفة التشريع المكمل دون الغائه : -

عدم قدرة العرف على الغاء التشريع تفسر بمبدأ التدرج ، اذ لا يلغى التشريع الا تشريع فى درجته · بينما امكانية مخالفة العرف للقاعدة التشريعية المكملة تفسر بأن هذه الأخيرة تسمح بالاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها (٢) ·

ثالثا دور العرف في فروع القانون المختلفة : -

اذا كان مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون يأتى بعد

---

(١) أنظر م ٢٧٩ مدنى « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وأنما يكون بناء على أتفاق أو نص فى القانون » · على العكس من ذلك أستقر العرف التجارى على أفتراض التضامن فى المعاملات التجارية ·

(٢) م ٤٥٦ مدنى ، م ٤٥٧ مدنى ·

التشريع ، فان نصيبه - كمصدر أحتياطى للتشريع يختلف من فرع لاخر من فروع القانون ٠

- القانون التجارى : -

لعب العرف دور هام فى نطاق القانون التجارى لقلة النصوص التشريعية وعدم كفايتها لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة ٠

فى طليعة الأنظمة اتى لعب العرف التجارى دورا هاما فيها : البيوع البحرية ٠ الحسابات الجارية ٠ الأئتمان المستندى ٠

القانون المدنى : -

يلعب العرف دورا محددا بشأنه نظرا لشمول التشريع واحاطته ٠ ومع ذلك فكثيرا ما يلعب دورا معاونا للتشريع سواء فى ضبط معيار مرن ورد به (١) أو فى الكشف عن نية المتعاقدين عند غموض الارادة الظاهرة (٢) ٠

- قانون العقوبات : -

ليس للعرف فيه نصيب يذكر ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات ٠ وعلى ذلك فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه ، لايكون أمام القاضى الا تبرئة المتهم دون أن يملك الألتجاء الى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب ٠

مع ذلك فان العرف قد يلعب دورا تفسيريا للنصوص الجنائية (٣) ٠

يلى العرف فى المرتبة ، مبادىء الشريعة الاسلامية ٠

---

(١) أنظر م ١٤٨ مدنى - م ٤٣٢ مدنى ٠

(٢) م ١٥٠ مدنى ٠

(٣) أعستبرت محكمة النقض أن العرف الذى يجرى على ضرورة القيادة على الجانب الأيمن من الطريق تفسيرا للائحة السيارات التى تنص على أنه « لا يجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » ٠ أنظر د ٠ حسن كيرة المرجع السابق ص ٢٩٧ ٠

المطلب الثـانى

مبادىء الشريعة الاسلامية

وفقا لترتيب المصادر الرسمية الوارد فى م ١ من القانون المدنى ، تأتى مبادىء الشريعة الاسلامية كمصدر أحتياطى عام يلى العـــرف فى الرتبة ٠

فأما عن كونها مصدر أحتياطى فمعناه أنه لا يلتجأ اليهـا الا فى حالة وجود فراغ تشريعى ثم عدم وجود قاعدة عرفيـة تحكم المسائلة موضوع النزاع ٠ أما كونها مصدر عام فمعنى ذلك أن الرجوع اليهـا باعتبارها مصدر أحتياطى يكـون فى جميع المسائل التى يعتبـر فيها التشريع مصدر عام (١) ٠

ولابد أن يفهم من الاحالة على مبادىء الشريعة الاسلامية أنه دعوة للرجوع الى المبادىء والأصول العامة التى لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون التفاصيل التى تتباين فيها الأراء بين المذاهب ٠

يأتى فى المرتبة الأخيرة من المصادر الاحتياطية العامـة ٠ مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ٠

---

(١) هذا يشمل جميع المسائل عدا مسائل الأحوال الشخصية التى يحكمها الدين كمصدر أصلى خاص على التفصيل السابق ذكره ٠ وهنـا تكمن التفرقة بين الدين كمصدر أصلى خاص وبين مبادىء الشـريعة الاسلامية كمصدر أحتياطى عام ٠

المطلب الثـالث

مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة

وفقـا للترتيب الوارد فى م ١ من القانون المـدنى تأتى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى المرتبة الأخيرة بين المصادر الاحتياطية العامة ٠

الا أنه نظرا لعدم تحديد مضمون مبادىء القانون الطبيعى قواعـد العدالة وعدم دلالتهما على قواعد محددة ، قيل بحق أنهما لا يرتفعان الى مستوى المصادر الرسمية القادرة على التعبير عن ارادة الجماعة فى صورة قواعد قانونية ملزمة ٠ وانما المقصود من حرص المشرع على النص عليها فى آخر قائمة المصادر الاحتياطية العامة هو الحيلولة دون نكول القضاء عن الفصل فى النزاع فى الحالات النادرة لعدم وجود قاعدة قانونية واجبة التطبيق فى المصدر الاصلى والمصادر الاحتياطية السابقة ٠

لذلك فلابد أن يكون مفهوما من هذه الاحالة الى مبادىء القـانون الطبيعى وقواعد العـدالة مطالبة القاضى فى حالة عدم وجود قاعـدة قانونية تحكم النزاع ـ فى المصدر الاصلى والمصادر الاحتياطية السابقة ـ أن يجتهد رأيه للتوصل الى حل للمسائلة موضوع النزاع والا عد مرتكبا جريمة انكار العدالة ٠ على أن يكون أجتهـاده مؤسسا على أعتبارات موضوعية عامة ، وعلى أن يكون مفهوما أن ما يتوصل اليه القاضى بناء على ذلك الاجتهاد يمثل حـل نسبى قاصر تطبيقه على النزاع المعـروض وليس منشئا لقاعدة قانونية مجردة (١) ٠

ـ اذ تلعب الحقائق ـ الأجتماعية ٠ الأقتصادية ٠ السياسية ـ دورا حاسما فى تكوين مضمون القاعدة التى يتولى المصـدر الرسمى التعبير الملزم عنها ، فان فاعلية القاعدة القانونية ونجاحها فى العمـل يتوقف على كيفية صياغتها ٠ اذ الصياغة عبارة عن الوسائل والأدوات التى تستخدمها المصـادر الرسمية فى التعبير عن مضمون القاعـدة القانونية فى صورة ملزمة ٠

---

(١) من قبيل ذلك الأحكام الصادرة صيانة لحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية للأفراد وألزام من يعتدى عليها (ص المؤلف ٠ حق الأختراع ٠٠٠) بالتعويض وذلك قبل سن التشريع الخاص لها ٠

الفصـــل الثانى

صياغة القاعدة القانونية

من الطبيعى أن تتنوع الصياغة وتختلف أدواتها باختلاف الغرض من القاعدة القانونية .

المبحــث الأول

أنواع الصياغة

يميز عادة بين نوعين من الصياغة :

- الصياغة الجامدة .
- الصياغة المرنة .

الصياغة الجامدة : -

وبمقتضاها يتم التعبير عن مضمون القاعدة القانونية (فرضـــا وحكما) بطريقة محكمة لا تقبل التقدير عند التطبيق (١) . يتميز هذا النوع من أنواع الصياغة بالســـهولة فى التطبيق وبتحقيق الأستقرار الاجتماعى اذ لا مجال للشك حول كيفية تطبيق القاعدة القانونية (فرضا وحكما) . مع ذلك فانه يؤخذ عليها مجافاتها للعدالة فى بعض الاحيان باعتبارها لا تسمح بأى سلطة تقديرية للقاضى فى تطبيقها .

من أمثلة القواعد القانونية المستخدمة للصياغة الجامدة المادة ٤٤ مدنى المحددة لسن الرشد باحدى وعشرين سنة ميلادية متمتعا بقــواه العقلية غير محجورا عليه .

٢ - الصياغة المرنة : -

يكون ذلك اذا ما عبر من الفرض والحكم أو كلاهمـــا بطريقة غير محكمة أو بطريقة معيارية تترك المجال لتقدير القاضى حسب الظـــروف والملابسات . هذه الصياغة وان كان يعاب عليها عدم تحقيقها الاستقرار الا أنه بما لها من مرونة فهى أكثر استجابة لمقتضيات العدالة المتغيرة .

من نماذج ذلك ما تقرره م ٨٠٧ مدنى من عدم جواز تسبيب مضار

---

(١) أو يقتصر الاحكام فى الصياغة على الفرض وحده أو الحكم وحده .

غير مألوفة للجار ٠ اذ يترك للقاضى سلطة تقدير ما يعتبر من المضار غير المألوفة مستهديا بطبيعة العقار وموقعه والغرض منه وما جرى عليه العرف ٠

كذلك م ١٣٥ «اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والاداب كان العقد باطلا ففكرة النظام العام والاداب هى فكرة مرنة متغيرة زمانا ومكانا » ٠

ولاشك أن أختيار المصدر الرسمى لنوع الصياغة يختلف باختلاف الغاية من القاعدة ٠ فالقواعد التى تحتاج أحكامها الى الثبات والاستقرار والاحكام تحتاج الى الصياغة الجامدة والقواعد التى تقتضى أحكامها الاحساس بالواقع تلائمها الصياغة المرنة ٠

اذا كان الأمر على هذا النحو ، ماهى طرق الصياغة وأدواتها ؟

المبحث الثـانى

طرق وأدوات الصياغة

يميز عادة بين نوعين : -

طرق مادية ٠
طرق معنوية ٠

١ - الطرق المادية : -

وبهـا يعبـر عن جوهر القاعـدة تعبيرا ماديا مجسـما لا يحتمـل التقدير ٠

من أهم هذه الطرق مايأتى : -

أ - **التعبير بالارقام** (احلال الكم محل الكيف) ٠

بمقتضاها يتم التعبير عن جوهر القاعدة فى صورة عددية لا تسمح بالخلاف ٠ مثال ذلـك م ٤٤ المحددة لسـن الرشد باحـدى وعشـرين سنة (١) ٠

اذ أن جوهر القاعدة هو تقرير سن الرشد لمن أكتمل تمييزه ورجح عقله ٠ الا أنه باعتبار أن التحقق من رجاحة العقل بصدد كل حالة على حدة يثير الخلاف ويضيع الوقت وقد يتيح المجال للتحكم ، فقد فضـل المشرع التعبير عن جوهر القاعدة وهو تمام التمييز (كيف) برقم معين هو بلوغ ٢١ سنة (كم) لمنع كل خلاف وتحكم ولاستقرارا لمعاملات ٠

ب - استخدام الشكل : -

الهدف أيضا هو تحرى الاحكام وتجنب الاختلافـات ٠ لذلك اذ يستخدم المصدر الرسمى هذه الوسيلة فهو يشترط شكل خارجى يعنى لترتيب الأثر القانونى الوارد فى حكم القاعدة القانونية ٠

ومن الطبيعى أن يختلف الشكل باختلاف الغرض ٠ نشير من بينها الى :

- شكل يجب توافر حتى ينشأ التصرف القانـونى ٠ وبالتالى لا تكفى الارادة لتكوين التصرف ٠ وذلك تنبيها لخطورة التصرف ٠ مثال

---

(١) كذلك م ٩٦٨ مدنى المحددة مدة ١٥ سنة للتقادم المكسب ٠

ذلك ضرورة افراغ هبة العقار فى الشكل رسمى ٠

- شكل يجب توافره لاثبات التصرف القانونى ٠ من ذلك ما يقضى به القانون المدنى ثمن أن التصرف الذى تزيد قيمته على عشرين جنيها فى غير المواد التجارية لا يثبت الا بالكتابة ٠

- شكل للأحتجاج بالتصرف على الغير ٠ مثال ذلك عدم الاحتجاج على الغير بشخصية الشركة الا بعد استيفاء اجراءات النشر القانونية ٠

جـ - التعبير بشروط وحالات محددة على سبيل الحصر : -

وفيها يتم تقييد انطباق حكم القاعدة القانونية فى حالات محددة على سبيل الحصر أو بشرط توافر شروط معينة محددة ٠ مثال ذلك ما تحصره م ٥٠٢ من موانع الرجوع فى الهبة بحيث يجوز الرجوع فى غيرها ٠ كذلك البيانات الواجب توافرها فى التظهير الناقل للملكية ليرتب أثره ٠ أو الشروط الواجب توافرها فى الأجنبى الذى يتقدم بطلب الحصول على جنسية الدولة ٠

د - التعبير بالاجراءات : -

وفيها يستلزم المشرع اتباع خطوات معينة لتحقيق حكم القاعدة القانونية ٠

مثال ذلك اجراءات رفع الدعوى أمام القضاء ٠ أو عند الطعن فى الحكم أو عند تنفيذه ٠

٢ - الطرق المعنوية : -

وفيها يظهر عمل المنطق والفكر ٠ وهى على نوعين : -

- القرائن ٠
- الحيل ٠

أ - القرائن القانونية : -

هى استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم ، يغلب تحققه مع تحقق الأمر المعلوم ٠ فهى مؤسسة على الغالب من الأمر ٠

وهذه الطريقة قد تستخدم فى مجال الأثبات كما قد تستخدم فى مجال تبرير حكم القاعدة القانونية ٠

- فى مجال الاثبات : -

قد تكون قرينة نسبية أى قابلة لاثبات العكس . مثال ذلك نص المشرع على أن الوفاء بالقسط الأخير من الأجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة (م٥٨٧مدنى). وقد أخذ المشرع فى ذلك بالراجح الغالب فى الواقع فى أنه اذا تأكد دفع القسط الأخير فانه يغلب أن تكون الاقساط السابقة تم تسديدها . علما بأن القرينة وان أعفت من تقررت لمصلحته من اثبات الواقعة التى تقررت القرينة للدلالة عليها فانها لا تعفيه من اثبات الواقعة المتخذة أساسا للقرينة .

الا أن هذه القرينة نسبية بمعنى أنه يجوز اثبات عكس دلالتها باعتبار أنها مؤسسة على الأمر الغالب وليس على الأمر المؤكد الثابت فى جميع الحالات (١) .

الا أن القرينة قد تكون قاطعة بحيث لا تقبل اثبات عكس ما جاء بها . من قبيل ذلك قرينة الخطأ المفترض بالنسبة لحارس الحيوان م ١٧٦ مدنى « حارس الحيوان ... مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » . فمجرد وقوع الضرر من الحيوان يؤسس عليه المشرع قرينة قاطعة على خطأ فى الحراسة فى حق حارس الحيوان وتقوم هذه القرينة على أمر يغلب احتماله وهو أن فعل الحيوان الضار ينشأ عن افلات الحيوان من سيطرة الحارس لاهماله وتقصيره . ولا يستطيع الحارس أن يثبت أنه قام بما ينبغى من العناية فى الحراسة (٢) .

- فى مجال تبرير حكم القاعدة القانونية : -

وهنا تقوم القرينة بدور العلة والتبرير وتندمج فى حكم القاعدة القانونية ولا يجوز محاولة اثبات عكسها (٣) .

مثال ذلك . م ٤٤ مدنى فى تحديدها لسن الرشد بـ ٢١ سنة كاملة . اذ تبرير أختيار هذه السن بالذات أنه باكتمالها يغلب النضوج

---

(١) م ٤٠٤ مدنى .

(٢) أنظر د . توفيق فرج المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٦ .

(٣) أنظر د. شمس الدين الدليل المرجع السابق ص ١١٣ .

والادراك • هذا الحكم لا يقبل اثبات العكس على أى وجه •

ب - الحيل القانونية : -

فى الحيل القانونية يستند المشرع الى وهم يخالف الواقع لترتيب نتائج معينة •

مثال ذلك • العقارات بالتخصيص والمنقول بحسب المال •

فالعقار بالتخصيص هو المنقول الذى يرصد لخدمة واستغلال العقار شأن الآلات الزراعية • فهذه وان كانت منقولا فى الحقيقة يعتبرها المشرع عقارا حتى يتوصل الى تحقيق استمرار عملية الاستغلال وحمايتها • فيسرى على المنقول ما يسرى على العقار من حيث الحجز (١) •

الأمر كذلك بالنسبة للمنقول بحسب المآل • فهى وان كانت عقارا فى الواقع الا أنه طالما أن مصيرها الى الانفصال عدت منقولا وأخذت حكمه من حيث البيع والرهن والحجز • ذلك شأن أنقاض المنزل التى تباع وهى قائمة •

باعتبار مخالفة الحيل القانونية للواقع فانه يحسن استخدامها فى أضيق نطاق كما ينبغى عدم التوسع فى تفسيرها بحيث لا يتجاوز الغرض المقصود منها •

- اذا ما وجدت القواعد القانونية مستمدة من المصادر السابقة ، ثار البحث حول تطبيقها •

---

(١) لا يجوز الحجز عليها مستقلة عن العقار ولابد من أحترام اجراءات حجز العقار بشأنها •

الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

تمهيد : ـ

دراسة تطبيق القانون يقتضى معرفة بالسلطة القضائية القائمة على تطبيقه على ما يعرض من منازعات ثم معرفة بنطاق تطبيقه من حيث المخاطبين به ٠ ومن حيث المكان ٠ ثم من حيث الزمان ٠ اضافة الى ذلك فان تطبيق القانون قد يثير مشاكل تخص تفسيره مما يتطلب افراد دراسة عن تفسير القانون ٠ وبذلك تتحدد خطة بحثنا فى الآتى : ـ

الفصل الاول : ـ

السلطة التى تقوم بتطبيق القانون ٠

الفصل الثانى : ـ

نطاق تطبيق القانون ٠

مبحث أول : ـ

من حيث المخاطبين به (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون)

مبحث ثانى : ـ

من حيث المكان ٠

مبحث ثالث : ـ

من حيث الزمان ٠

المطلب الاول : ـ

ـ الغاء القاعدة القانونية ٠

المطلب الثانى : ـ

ـ تنازع القوانين من حيث الزمان ٠

الفصل الثالث : ـ

تفسير القانون ٠

الفصل الاول

السلطة التى تقوم على تطبيق القانون

تقوم السلطة القضائية على تطبيق القانون · ولقد عنى الدستور المصرى - م ١٦٦ - بالنص على أن القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون · ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة » · ذلك توفيرا للحرية الكاملة فى أداء العمل القضائى تحت سلطان القانون وحده · كما وفرت م ١٦٨ ضمانة عملية لاستقلال القضاة بتقريرها « القضاة غير قابلين للعزل · وينظم القانون مساءلتهم تأديبيا » ·

ثم حرصا على توفير الثقة للمتقاضين ، نصت م ١٦٩ على أن « جلسات المحاكم علنية الا اذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب · وفى جميع الأحوال يكون النطق بالحكم فى جلسة علنية » كما من المقرر وجوب تسبيب الأحكام والا كانت باطلة توفيرا للثقة وضمانا لامكان مراقبة موضوعيتها ·

يتولى السلطة القضائية فى مصر جهتين : **الأولى** : جهة القضاء العادى **الثانية** · جهة القضاء الادارى · فضلا عن المحكمة الدستورية العليا ·

أولا جهة القضاء العادى : -

هى صاحبة الولاية العامة فى نظر جميع المنازعات ما عدا ما يخرج من اختصاصها بنص خاص ·

وتتكون جهة القضاء العادى من عدة محاكم موزعة فى أنحاء البلاد ومقسمة الى درجات ·

- محكمة النقض : -

وهى لا تعد درجة من درجات التقاضى وانما مهمتها الاشراف على صحة تطبيق القانون من جانب المحاكم العادية ·

- محاكم الاستئناف : -

لهذه المحاكم صفتان : صفتها كمحاكم درجة أولى ، وصفتها كمحاكم درجة ثانية ·

فبصفتها محاكم **درجة أولى** • تنظر ابتداء فى الجنايات • وبعض الجنح الهامة المحددة بالنص الصريح • وبصفتها محاكم **درجة ثانية** • تنظر فى الطعون المقدمة فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى الأدنى منها فى المرتبة فى المنازعات التى تمثل نوعا من الأهمية طبقا لما يحدده القانون •

- المحاكم الابتدائية : -

وهذه لها صفة محاكم **الدرجة الأولى** بخصوص المنازعات التى يتجاوز قيمتها نصاب الأختصاص للمحاكم الجزئية • ولها صفة محاكم **الدرجة الثانية** فى نظر الطعون المرفوعة اليها فى بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية •

- المحاكم الجزئية : -

بخصوص المسائل الجنائية تنظر المخالفات والجنح •

فى غير المسائل الجنائية تنظر القضايا قليلة الأهمية التى يقل نصابها عن نصاب أختصاص المحكمة الابتدائية أو تلك المحددة بنص فى القانون •

ثانيا : - جهة القضاء الادرى : -

وهذه تختص بنظر جميع المنازعات الادارية • ويمثل هذه الجهة ويمثل هذه الجهة القسم القضائى فى مجلس الدولة الذى يشمل المحكمة الادارية العليا التى يكاد يماثل أختصاصها أختصاص محكمة النقض فى القضاء العادى • ومحكمة القضاء الادارى • والمحاكم الادارية • والمحاكم التأديبية •

ثالثا : -

المحكمة الدستورية العليا : -

أنشئت بمقتضى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ولقد **حدد أختصاصها فى :**

١ ـ الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح •

٢ ـ الفصل فى تنازع الاختصاص بين جهات القضاء •

٣ ـ تفسير القوانين •

٤ ـ الفصل فى النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين من جهتين قضائتين مختلفتين •

الفصـــل الثانى

نطاق تطبيق القانون

ندرس هذا النطاق فى **مبحث أول** من حيث **المخاطبين** بأحكـــامه لتحرى ما اذا كان الانطباق يتوقف على العلم الحقيقى بالقاعدة أم أنـــه لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون .

مبحث أول

المخاطبون بأحكام القاعدة القانونية (عدم جواز الاعتذار بجهـــل القانـــون)

لاشك أن العدالة تقتضى أن يكون تطبيق القاعدة القانونية رهن بالعلم الفعلى بها من جانب المخاطبين بالقاعدة . الا أن تحرى هذا العلم واثباته بخصوص كل حالة على حدة من شأنه أن يؤدى الى اشاعة عدم الاستقرار والاضطراب فى المعاملات .

ذلك كان مبررا لتبنى الحيلة القانونية التى تقرر أنه « لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون » ، وينطبق هذا المبدأ على القاعدة القانونية أيا كان مصدرها : تشريع - عرف - مبادىء الشريعة الاسلامية أو الدين كمصدر أصلى خاص . كما ينطبق على جميع القواعد أيا كان نوعهـــا (أمرة - مكملة) . ثم ان هذا المبدأ لا يقبل فى دحضه أى عذر . فغير مجد الاحتجاج بعـــدم العلم لمرض أو غيـــاب خارج البلد أثناء صـــدور القانون أو لجهل بالقراءة أو لغير ذلك .

- مع ذلك فان هذا المبدأ ليس كله مجافاة للواقع . اذ التشريع وهو المصدر الاصلى العام قد تم توفير الوسيلة المنضبطة للعلم به (١) .

كما أن العرف المصدر الأحتياطى العام الأول وهو وليد الركنين المادى والمعنوى ليس فى أفتراض العلم به أفتئات على الغالبية الساحقة من المخاطبين به .

ثم ان مبادىء الشريعة الاسلامية كمصـــدر أحتياطى ثانى ليس

---

(١) أنظر فيما سبق نفاذ التشريع - وأنظر أثر اســتحالة العلم على امكانية الأحتجاج بالجهل بالتشريع .

مقصودا بها التفاصيل المذهبيا التى تغيب غالبا عن علم العامة وانمـا يراد بها الأصول والكليات التى لا خلاف حولها ٠

وأخيرا فان مساس الدين بالعقيدة والذى يمثل أساس اعتباره مصدر أصلى خاص لا يجعل من افتراض العلم به أمرا منكورا ٠

المبحث الثانى

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

يثور التساؤل عما اذا كان نطاق تطبيق القاعدة القانونية يتحدد بالاقليم الذى صدرت فيه بحيث تنطبق من ناحية على كل من فيه من مواطنين وأجانب ومن ناحية أخرى لا يتعدى حدود الاقليم الذى صدرت فيه ولو على مواطنيها فى دولة أخرى • وهو ما يعرف « بأقليمية القوانين » • أم أن نطاق تطبيق القاعدة القانونية يكون شخصيا على المواطنين فقط سواء داخل الدولة أو خارجها دون الاجانب ولو كانوا مقيمين فى الدولة التى صدرت فيها القاعدة • وهو ما يعرف « بشخصية القوانين » •

- القاعدة القانونية بين الاقليمية والشخصية : -

كان المبدأ السائد فيما مضى هو « اقليمية القوانين » • وذلك لانعزال الدول بعضها عن بعض • وللتشدد السائد فى الأخذ بمبدأ السيادة •

الا أن أنتشار التجارة الدولية وتقدم الموصلات مع ما أدى اليه من انتقال الأفراد بين الدول واقامتهم مؤقتا أو نهائيا فى دول أجنبية عن دولة جنسيتهم ، كان له أثره فى التخفيف من غلواء التمسك بمبدأ السيادة من جانب كل دولة رعاية لمصلحة مواطنيها • اذ رؤى أن التطبيق الشامل لقوانين الدولة المضيفة على رعايا الدول الأخرى قد يكون فيه ما يمس فى بعض الاحيان بعقائدهم أو بتقاليدهم ، فكان ذلك مدخلا للأخذ بمبدأ شخصية القوانين ليحد من اطلاق مبدأ الاقليمية •

- المبدأ المأخوذ به فى مصر : -

الأصل هو الأخذ بمبدأ أقليمية القوانين • ومع ذلك فان مبدأ شخصية القوانين يجد مجاله حينا ليحد من تطبيق القانون المصرى داخل الاقليم • وحينا أخرى ليمد تطبيقه الى خارج الاقليم •

---

(١) خاصة مسائل الأحوال الشخصية •

الاستثناءات : —

١ — تضييقا لمبدأ الأقليمية : —

هناك قواعد تطبق على المواطنين وحدهم دون الأجانب ۰ هذا هو شأن ما يقرره الدستور للأفراد من حريات وحقوق وما يلزمهم به من واجبات قبل الدولة ۰ كحق الانتخاب ۰ حق الترشيح للهيئات النيابية ۰ وحق تولى الوظائف العامة (١) ۰ من قبيل الواجبات التى لا يتحمل بها الأجانب : أداء الخدمة العسكرية ۰

يدخل أيضا تحت نطاق تضييق مبدأ الأقليمية ، ما يقرره القانون الدولى العام من حصانة قضائية لبعض الأجانب مثل رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين فى حدود معينة ۰ وفى نطاق هذه الحدود لا يخضعون للقضاء الوطنى وتبعا لذلك لا يطبق عليهم قانون الدولة ۰

٢ — توسيع مبدأ الأقليمية : —

وان كان الأصل هو تطبيق قانون العقوبات تطبيقا اقليميا ۰ الا أنه استثناء يسرى على بعض الجرائم التى ترتكب خارج اقليم الدولة سواء من جانب مصريين أم من أجانب ۰ ويكون ذلك خاصة فى الجرائم الماسة بأمن الدولة أو الثقة فى أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها أو الثقة فى فقدها عن طريق تزييفه ۰

٣ — كما أن مبدأ الاقليمية قد يجد توسيعا تارة وتضييقا أخرى فى مجال القانون الدولى الخاص ۰ كما اذا أفضت قواعده الى تطبيق قانون أجنبى فى مصر ۰ أو أدت الى تطبيق قانوننا على ما يقع خارج حدود الاقليم (٢) ۰

---

(١) مع ذلك فان الأجانب فى حدود ضيقة يسمح لهم بتولى الوظائف العامة ۰

(٢) انظر م ١٢ مدنى « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » ۰

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

هذه الدراسة تقتضى التعرف على الوقت الذى تدخل فيه القاعدة القانونية فى العمل والوقت الذى ينتهى العمل بهـا · أما عن دخولها فى العمل فقد رأيناه بمناسبة كل مصدر من المصادر · وبصيرورة القاعـدة نافذة فانها تظل سارية الى حيث الغائها مما يتطلب دراسة :

المطلب الأول : الغاء القاعدة القانونية ·

لاستكمال نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان لابد أن ندرس فى **مطلب ثانى : ــ تنازع القوانين فى الزمان** · ذلك أن احلال قاعدة جديدة محل قاعدة سابقة قد يثير بينهما التزاحم بالنسبة للمراكز القانونيـة التى بدأت فى ظل القاعدة السـابقة وظلت مستمرة فى ظل القاعـدة الجديدة ·

المطلب الأول

الغاء القاعدة القانونية

يقصد به وقف العمل بها كقاعدة من قواعد القانـون الوضعى ذلك بالاستغناء نهائيا عنها دون استبدالها بقاعدة جديدة أو باستبدالها بأخرى · باعتبار أن الالغاء أمر يجرى على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، فان السلطة التى تملك الالغـاء تختلف باختـلاف مصدر القاعدة ·

ثم من ناحية أخرى تتنوع طرق الالغاء الى صريحة وضمنية ·

الفرع الأول

السلطة التى تملك الالغاء

القاعدة القانونية لا تلغى لا بقاعدة أخرى من نفس قوتها أو أعلى منها · وبالتالى فان السلطة التى تملك الالغاء هى السلطة التى تملك الانشـاء أو سلطة أعلى منهـا · ويستهدى فى التعرف على هـذا التدرج بالترتيب الوارد فى م ١ من القانون المدنى للمصادر الرسمية ·

فالبنسبة للتشريع • باعتبار تدرجه الى : أساسى (الدستور) • عادى • ثم فرعى • فبينما التشريع الاساسى لا يلغيه الا تشريع أساسى مثله • فان التشريع عادى يمكــن أن يلغى بتشريع عادى أو بتشــريع أساسى • كذلك فان التشريع الفرعى يلغى بتشريع من درجته (فرعى) أو أعلى منه (عادى • أو أساسى) • لكن العكس غير متصور بحيث أن التشريع الفرعى لا يمكنه الغاء تشريع عادى أو أساسى •

تلك القاعدة تنطبق أيضا بالنسبة لبقية المصادر • فبينما التشريع يمكنه أن يلغى العرف ، لا يمكن للعرف أن يلغى التشريع (١) • كذلك فان صدور التشريع فى مسألة ينظمها الدين كمصدر أصلى خاص من شأنها أن تلغى القاعدة الدينية كقاعدة وضعية (٢) • وهكذا بالنسبة لبقية المصادر •

الفــرع الثانى

طرق الالغاء

يستفاد من نص م ٢ من القانون أن هناك طريقين :

- صريح •
- ضمنى •

• أولا • الالغاء الصريح : —

بمقتضاه تنص القاعدة الجديدة صراحة على وقف العمل بالقاعــدة القديمة وتجريدها من قوتها الملزمة • مثال ذلك ما نصت عليه م ١ من القانون ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص باصدار القانون المدنى من أنه « يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصــادر فى ٢٨ أكتوبر ١٨٨٣، والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية المختلطة والصادر

---

(١) مع العلم بأن القواعد القانونية الدستورية (تشريعا وعرفا) تسمو وتعلو على القواعد القانونية العادية (تشريعا وعرفا) مما مؤداه أن العرف الدستورى يمكنه أن يخالف ويلغى قاعدة تشريعية عاديــة تطبيقا لمبدأ علو الدستور •

(٢) هذا لايتعارض مع أحتفاظها بصفتها الدينية •

فى ٢٨ يونيو ١٨٧٥ ، ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهـــذا القانون » ٠

● كما قد يأخذ الالغا الصريح صورة النص فى القاعدة الجديدة على الغاء كل ما يخالف قواعده ٠ من ذلك ما نص عليه قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ ١٩٧٢ على أنه « يستبدل بأحكام القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ فى شأن تنظيم مجلس الدولة ، القانون المرافق ، وتلغى جميع الأحكام المخالفة له » ٠

كذلك يعد من باب الالغاء الصريح أن ينص التشـــريع نفسه على توقيت العمل به لمدة معينة أو رهنا بتحقق أمر معين ، فيصبح التشـــريع ملغا بانقضاء تلك المدة (١) أو بتحقق هذا الأمر (٢) ٠

ثانيا الالغاء الضمنى : -

بالرجوع للمادة الثانية من القانون المدنى يستفاد أن هناك **وسيلتين للالغاء** الضمنى : -

١ - التعارض بين القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة : -

- اذا صدرت قاعدة جديدة متعارضة مع قاعـدة قديمة بحيث لا يمكن اعمال الحكمين معا ، فانه يستفاد الغاء القاعدة القديمة فى حدود التعارض ٠ فاذا كان التعارض كليا ألغى الحكم القديم تماما ٠ واذا كـان التعارض جزئيـا ألغى الحكم القديم فى الجـزئية المتعـارضة مع الحكم الجديد ٠

- علما بأن تحقق الالغاء نتيجة التعـــارض شرطه اتحاد وصــف الحكمين (القديم ٠ والجديد) بأن يكون كلاهما عام أو كلاهما خاص ٠
لذلك فالأمر يحتاج لبعض الايضاح فى حالة اختلاف وصـف الحكم الجديد عن وصف الحكم القديم المتعارض معه ٠

---

(١) مثل ذلك القوانين التى تصدر أثناء الحرب وينص فيها على أنه تتحدد مدة العمل بفترة الحرب فقط ٠

(٢) أنظر م ٨ من القرار بقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات فى ج ٠ م ٠ ع من أنه « الى أن يتم تشكيل مجلس جامعة أسيوط ٠٠٠٠ يتولى وزير التربية أختصاصات مجلس الجامعة ٠٠ »

ا - الحكم القديم عام • والحكم الجديد خاص : -

فى هذه الحالة فان الحكم الجديد يلغى الحكم القديم فى خصوص ما جاء به ، ويظل القديم ساريا فيما وراء ذلك • مثال ذلك • ما نصت عليه م ٤٥ من القانون المدنى القديم من أن الملكية تنتقل فور العقد فى المنقولات والعقارات (حكم عام) • ثم جاء قانون التسجيل ١٩٢٣ مقررا أن الملكية لا تنتقل فى العقارات الا بالتسجيل (حكم خاص) •

فى هذه الحالة يلغى الحكم القديم بخصوص انتقال ملكية العقار وينطبق بشأن هذه الخصوصية الحكم الجديد ، بينما يظل الحكم القديم ساريا بالنسبة للمنقولات التى لم يتعرض لها الحكم الجديد •

ب - الحكم القديم خاص • والحكم الجديد عام : -

فى هذه الحالة فان الحكم القديم الخاص يظل ساريا باعتباره استثناء على الحكم الجديد العام • مثال ذلك تضمن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجار الأماكن أحكاما خاصة فى تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين • هذا الحكم الخاص يظل ساريا حتى بصدور الأحكام العامة التى تضمنها القانون المدنى فى شأن تنظيم عقد الايجار (١) •

٢ - تنظيم الموضوع نفسه من جديد : -

اعادة تنظيم الموضوع من جديد تفيد الغاء كل القواعد السابقة المنظمة لذات الموضوع • حتى ولو كانت بعض القوعد السابقة لا تتعارض مع القواعد الجديدة أو حتى اذا كان لا يوجد لها ما يقابلها من القواعد الجديدة • ذلك دون حاجة الى النص صراحة فى القانون الجديد على الغاء ما سبق من قواعد نظمت هذا الموضوع (٢) •

---

(١) صدر القانون المدنى فى سنة ١٩٤٨ وعمل به ابتداء من ١٥/١٠/١٩٤٩ •

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمادة الثانية من القانون المدنى المصرى • ـ مشار اليها فى د • توفيق فرج • المرجع السابق •

المطلب الثانى

تنازع القوانين فى الزمان

أولا وضع المشكلة : ـ

هناك حالتين لا تثور بشأنهما مشكلة تنازع القوانين المتعاقبة من حيث الزمان ٠

الأولى : ـ

الحالة التى ينشأ فيها المركز القانونى ويرتب أثره كاملا وينتهى فى ظل القاعدة الملغاة وقبل العمل بالقاعدة الجديدة ٠

مثال ذلك :

أن يبدأ وضع اليد بقصد التملك وتتكامل مدته القانونية فى ظل القانون الذى يحدد مدة التقادم بخمس عشرة سنة ٠ فى هذه الحالة لا تنازع زمانى بين هذه القاعدة وبين القاعدة الجديدة التى تحدد مدة التقادم بعشرين سنة لاستكمال وضع اليد لمدة (١٥ سنة) قبل دخول القانون الجديد فى العمل ٠

الثانية : ـ

أن ينشأ المركز القانونى بعد دخول القانون الجديد فى العمل فهذا المركز يحكمه القانون الجديد وحده باعتباره نشأ فى ظله ولا شبهة حول تطبيق القانون السابق عليه ٠

مثال ذلك : ـ

تنص م ٤٥ من التقنين المدنى السابق على أن الملكية تنتقل فور التعاقد بالنسبة للمنقولات والعقارات ٠ ثم صدر قانون التسجيل فى ١٩٢٣ مقررا أن ملكية العقارات لا تنتقل الا بالتسجيل ٠

لاشك أن العقد المبرم لشراء عقار بعد العمل بقانون التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية التى تستلزم التسجيل اعمالا للقانون الجديد ٠

ـ يتحدد اذن موضوع تنازع القوانين من حيث الزمان حيث ينشىء مركز قانونى فى ظل قانون معين ثم يدخل القانون الجديد فى العمل والمركز مستمر فى ترتيب آثاره ٠ يثور التساؤل هل تظل آثار هذا

المركز القانونى محكومة بالقانون القديم باعتبـاره القانون الذى نشـأ المركز فى ظله • أم يحكم القانون الجديد هذه الآثار باعتباره القـانون الذى تكتمل وتترتب الآثار فى ظله ؟

مثال ذلك : -

فى ظل قانون يحدد مدة التقادم المكسبة للملكية بـ ١٥ سنة بـدأ وضع اليد وأستمر ١٠ سنوات ثم صدر قانون جديد يجعل المدة اللازمة للتقادم المكسب عشرين سنة • هل ينطبق القانون القديم ويتبقى لواضع اليد خمس سنوات لاكتساب الملكية بالتقادم • أم ينطبق القانون الجديد وتبقى لواضع اليد عشر سنوات لاكتساب الملكية بالتقادم ؟

ثانيا : - المبدأ عدم رجعية القانون الجديد • والأثر الفورى له : -

نص الدستور المصـرى (سنة ١٩٧١) فى م ١٨٧ منه على أنـه « لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها • ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب » •

كما نص فى م ٦٦ من الدستور على أنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » •

يستخلص من هذين النصين ، أنه بخصوص **المواد الجنائية** فان مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة على الماضى ، مطبق على اطلاقه ولا يجوز الخروج عنه ولو بنص من المشرع نفسه • بحيث يكون تطبيق القـانون فى المواد الجنائية بأثر فورى على الوقائع التى تجد بعد العمل به • وفى ذلك ضمانة لحريات الأفراد ، بحيث لا يعاقبوا بمقتضى القانون الجديد على ما سبق أن أتوه وكان مباحا فى ظل القانون السابق •

بخصوص المواد غير الجنـائية • الأصل هو عـدم رجعية القوانين الجديدة بحيث لا يسرى على ما تم من وقائع وما تم ترتيبه من آثـار فى ظل القانون القديم • وانما ينطبق القانون الجديد بأثر مباشر على الوقائع والآثار التى تجـد منذ أن يصير نافذا ولو تكملة لـذات المركز

ظل القانون القديم (١) ٠ ومعنى هذا احلال فكرة الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد ٠

نرى من جانبنا مع جانب الفقه أنه كان حرى بالمشرع أن يتمسك بمبدأ الأثر الفورى للقانون الجديد على كل تقادم لم يكتمل ، مع أحتساب ما جرى من مدة فى ظل القانون القديم ٠ فاذا كان ما مضى من مدة يعادل المدة المقررة فى القانون الجديد أو يزيد عنها ، أعتبر التقادم منتهيا منذ نفاذ القانون الجديد ٠ أما اذا كانت المدة التى جرت أقل مما هو مقرر فى القانون الجديد ، فان التقادم يكتمل باكتمال المدة المستحدثة دون أن يكون فى ذلك تطبيقا للقانون الجديد بأثر رجعى (٢) ٠

جـ - الأحكام المتعلقة بأدلة الأثبات : -

تنص م ٩ مدنى على أنه « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده » ٠

يبين هذا النص القانون الذى يحكم الأدلة المهيأة أو المعدة ٠ وهى تلك التى تعد أو ينبغى اعدادها لاثبات الحق عند تكوين المصدر المنشىء له وقبل النزاع عليه ٠ من قبيل ذلك الأدلة الكتابية التى تعد لاثبات التصرفات القانونية ٠

هذه الأدلة يسرى عليها القانون الذى كان نافذا وقت اعدادها أو على الأقل وقت أن كان اعدادها واجبا ٠ ولا يملك القانون الجديد أن يمد ولا يته على الأدلة التى سبق اعدادها صحيحة وفقا للقانون القديم كما لايجوز له أيضا أن يحكم النتائج المترتبة على عدم اعداد هذه الأدلة

---

(١) اذا كانت مدة وضع اليد المتبقية لاستكمال التقادم وفقا للقانون القديم هى ٣ سنوات (ذلك لأستمرار وضع اليد ١٢ سنة فى ظل القانون القديم) بينما مدة التقادم وفقا للقانون الجديد هى ١٠ سنوات ٠

(٢) أنظر د ٠ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق ص ١٧٣ ٠

طبقا لما كان يشير به القانو نالقديم (١) ٠

تطبيق ذلك ٠ أنه اذا كان القانون لا يجيز اثبات التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على ١٠ جنيه الا بالكتابة ، فان التصرف القانونى الذى أنعقد فى ظل هذا القانون ، وكانت قيمته ١٥ جنيه ، يظل واجب الاثبات بالكتابة ، حتى ولو صدر قانون جديد يقصر وسيلة الاثبات هذه على التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها عن ٢٠ جنيه ٠

كما أن التصرف القانونى الذى تكون قيمته ٥ جنيه ، يظل اثباته حرا ، ما دام أنعقد فى ظل قانون يجيز ذلك ، حتى ولو صدر قانون جديد يقيد حرية الاثبات بالنسبة للتصرفات القانونية كلها مهما كانت قيمتها (٢) ٠

٢ -فى نطاق قانون المرافعات : -

أقر المشرع مبدأ عدم رجعية القواعد الجديدة ٠ كما أكد مبدأ الأثر الفورى للقانون الجديد ٠ ثم أورد عليه بعض استثناءات ، تقضى باستمرار العمل بالقانون القديم ٠

- عدم رجعية القانون الجديد : -

نصت الفقرة الأولى من م٢ من قانون المرافعات على أن « كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » ٠

يظهر من هذا النص أن العبرة فى تقدير صحة الاجراءات تكون بمراعاة القواعد المعمول بها عند مباشرة هذه الاجراءات ٠

تطبيقا لذلك قضت م ٢ ف ٢ مرافعات أنه « لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى أستحدثها » ٠

---

(١) راجع د ٠ شمس الدين الوكيل المرجع السابق ؛

(٢) يرجع اقرار هذه القاعدة الى أن الدليل المهيأ « يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تتم تهيئته ، ويكون وثيق الصلة بالناحية الموضوعية فى الحق » أنظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ١ ص ٢٢٦ ٠

فاذ أستحدث قانون ميعادا للسقوط أثر أجـراء معين ، فان هذا الميعـاد لا يبدأ فى السريان الا من تاريخ نفاذ القانون الجديد (١) ٠

ـ نفاذ القانون الجديد بأثر مباشر : ـ

تنص م ١ مرافعات على أن « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الاجراءات قبل تاريخ العمـل بهـا » ٠

بذلك يتأكد مبدأ نفاذ القانون الجديد بأثر مباشر على كل الأوضاع التى لم تكتمل ٠ بحيث اذا نقل القانون الجديد الاختصاص بنظر دعوى الى محكمة أخرى ، فان الدعوى التى لم يتم الفصل فيها تحال الى المحكمة الجديدة المختصة ٠

كذلك اذ أستحدث القانون الجديد تعديلا فى اجراءات السير فى الدعوى ، فان القواعد الجديدة تكون واجبة الأتباع على كل اجراء يتخذ بعد نفاذ القانون الجديد ٠

ـ استثناءات تقرر استمرار نفاذ القانون لقديم : ـ

أستثنى المشرع من مبدأ سريان القانون الجديد بأثر مباشر بعض الحالات وقضى فى شأنها باستمرار القانون القديم ٠ **هذه الحالات هى : ـ**

● القوانين المعدلة للأختصاص متى كـان تاريخ العمل بهـا بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى ٠ معنى ذلك أن القانون القديم الذى يحدد أختصاص المحكمة يبقى ساريا [illegible] ما دامت الدعوى قد أقفل باب المرافعة فيها وحجزت للحكم ٠ حكمة ذلك تيسير العدلة وعدم شغل محكمة جديدة بدعوى أوشكت على الأنتهاء أمام محكمة أخرى ٠

● القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريـخ العمل بها ٠ بحيث اذا بدأ ميعاد طعن فى حكم بالاستئناف ، ثم صـدر قانون جديد يعدل هذا الميعاد بالأطالة أو التقصير ، فان الميعاد يحتسب وفقا للقانون القديم ٠

---

(١) أنظر د ٠ أحمد أبو الوفا « التعليـق على نصوص قانـون المرافعات » ج ١ ط ـ ٢ ـ ١٩٧٥ ٠

● القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق ·

معنى ذلك أن الأحكام تظل خاضعة للقانون الذى صدرت فى ظله من حيث جواز أو أمتناع الطعن فيها بأى طريق من الطرق المقررة للطعن فى الأحكام (١) ·

٣ — التنازع فى قوانين العقوبات : —

قرر الدستور وقانون العقوبات عدم رجعية قوانين العقوبات · بمعنى أنه يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت أرتكابها ·

الا أنه نص فى م ٥ عقوبات على مبدأ رجعية قانون العقوبات فى حالة كونه أصلح للمتهم · ولقد تولى المشرع بيان كيفية تطبيق هذه الرجعية مميزا بين **فرضين : —**

الأول : —

صدور القانون الجديد الأصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم النهائى (٢) على المتهم · فى هذه الحالة يصير القانون لجديد واجب النفاذ سواء كانت قواعده تبيح الفعل المنسوب للمتهم أو تخفف العقوبة عليه ·

الفرض الثانى : —

صدور القانون الجديد بعد الحكم النهائى على المتهم ·

فى هذه الحالة لا يكون القانون الجديد واجب النفاذ الا اذا كان يبيح الفعل · فى هذه الحالة يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى كل آثار الجريمة (٣) · بينما لا يستفيد المتهم بالقانون الجديد اذا كان يقتصر على تخفيف العقوبة · اذ لن يتيسر تقرير العقوبة المخففة الا بحكم

---

(١) أنظر فى ذلك د · شمس الدين الوكيل — المرجع السابق ·

(٢) الحكم النهائى · هو ذلك الذى لا يجوز الطعن فيه بالأستئناف ·

(٣) اذ ليس من المناسب الاستمرار فى معاقبة شخص على فعل لم يعد جريمة فى نظر المجتمع ·

جديد من المحكمة · وقد صـار ذلك مستحيلا بعد أستنفاذ الحكم طـرق الطعن القانونية · علما بأن هذه القواعد لا تنصرف الى القوانين المؤقتة التطبيق ، شأن بعض قوانين التسعيرة الجبرية خلال فترة الحرب · اذ يظل الفعل المرتكب فى ظل القانون المؤقت مستحق العقاب ولو بعـد انتهاء مدة تطبيق القانون المؤقت وعودة الفعل مباحا · ويشترط لحرمان المتهم من الاستفادة من القواعد الجديدة ، قيام اجراءات الدعـوى ضد المتهم قبل انتهاء الفترة المحددة لتطبيق القانون المؤقت · ويستوى بعـد ذلك أن يكون قد صدر فى الدعوى حكم نهائى أو لم يصدر بعد · القول بغير ذلك فيه اضاعة للغرض المقصود من القانون المؤقت ·

الفصــل الثالث

تفسير القانــون

أولا المقصود بالتفسير : ـ

يقصد به ازالة الغموض وما قد يوجد من لبس فى حكم القاعــدة القانونية ٠

هذا التفسير له أنواع ثلاثة بتنوع مصدره ٠

ثانيا أنواع التفسير : ـ

هناك تفسير تشريعى ٠ تفسير قضائى ٠ وتفسير فقهى ٠

١ ـ التفسير التشريعى :

هو ما يصدر تفسيرا لتشــريع معين ويختص باصــداره الســلطة التشريعية التى أصدرت التشـــريع أو سلطة أخــرى يتم تفويضهــا من السلطة الأصلية ٠ **مثال ذلك : ـ**

تفويض اللجنة العليا للاصـــلاح الزراعى فى اصـــدار تفســيرات تشريعية لقانون الاصلاح الزراعى (م ١٢ مكرر من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢) ٠

هذا التفسير قد يصدر معاصرا لاصدار التشريع أولا حقا عليه ٠

ما يصدر من تفسير تشريعى يكون له نفس القوة القانونية ونطاق تطبيق القانون المراد تفسيره (١) ٠

باعتبار أن المقصود بالتفسير هو ازالة ما فى القانون من غمــوض فانه لا يجوز له أن يتناول القانون المراد تفسيره بالتعديل أو بالاضافة ٠

٢ ـ تفسير قضائى : ـ

هو ما يقوم به القاضى من تفسير للقواعد القانونية بمناسبة تطبيقه لها على المنازعات المطروحة أمامه ٠

ويراعى أن ما تتوصــل اليه المحكمة من تفســيرات ليســت ملزمة

---

(١) ينطبق من تاريخ نفاذ القانون المراد تفسيره ولا يعتبر ذلـــك تطبيقا بأثر رجعى ، لانه ليس قانون جديد ٠

لها (١) كما أنها ليست ملزمة للمحاكم الأخرى • وهى فى قضائها لاتضع قاعدة قانونية مجردة وانما تضع حلا نسبيا بخصوص النزاع المعروض أمامها من حيث وقائعه وأشخاصه •

ومع ذلك فهناك حالة يتعين فيها على المحكمة الألتزام بوجهة نظر محكمة النقض ، وهى الحالة التى تقرر فيها محكمة النقض نقض الحكم المطعون فيه أمامها لغير سبب مخالفة قواعد الأختصاص ، اذ تحيل محكمة النقض الحكم ، بعد نقضه ، الى المحكمة التى أصدرته لتحكم فيه من جديد بناء على طلب الخصوم • وفى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت اليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة •

ـ فضلا عن ذلك نصت م ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن هذه تتولى تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين وذلك اذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها • ولقد بينت م ٣٣ من نفس قانون هذه المحكمة أن طلب التفسير يقدم من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية • علما بأن مايصدر من تفسيرات من هذه المحكمة يعد ملزما لجميع المحاكم • (م ٤٩ من قانون هذه المحكمة) •

٣ ـ التفسير الفقهى : ـ

هو ما يقوم به الفقه من دراسة وتحليل وتعليق على القواعد القانونية •

اذا كان مما لا شك فيه أن التفسير الفقهى ليس له أى قوة الزامية • فانه مما لا ينكر أن للأراء المؤسسة أثرها فى تفسير القضاء للنصوص التشريعية وتطبيقها كما أن لها أثرها الموجه للمشرع بصدد تعديلات أو اضافات على القواعد التشريعية •

---

(١) بحيث تستطيع المحكمة التى صدر عنها تفسير معين أن ترجع عنه بمناسبة نزاع آخر •

ثالثا المذاهب المختلفة في التفسير : -

عرفت اتجاهات ثلاث : -

أ - الأتجاه القديم (التقيد بالنص والتزام حدوده) : -

على أساس من تقديس النصوص التشريعية للاعتقاد فى شمولها لكل دقائق الحياة ، قيل بضرورة التقيد بالنص والتزام حدوده عند التفسير - بحثا عن ارادة المشرع الحقيقية عند اعداد النص • وسبيل التوصل الى ذلك هو الأستعانة بألفاظ النصوص والأعمال التحضيرية والروح العامة للتشريع وكذلك السوابق التاريخية للنص • فاذا لم يوجد نص تشريعى لحالة معينة ، يتعين البحث عن ارادة المشرع المفترضة عند وضع النص •

- يوجه لهذا الأتجاه أنه يمكن أن يصل بنا أن ينسب للمشرع ارادة وهمية كما أنه يفسح المجال للتحكم من جانب السلطة القضائية بالاضافة الى ما فيه من أفتعال •

ب -الأتجاه الاجتماعى (التفسير وفقا للضرورات الاجتماعية عند تطبيق النص) : -

مقتضى هذا الأتجاه ضرورة البحث عن الارادة المحتملة للمشرع أى الارادة التى كان يتجه اليها المشرع ، لو أنه وجد فى الظروف الاجتماعية والاقتصادية الموجودة عند تطبيق النص • يؤخذ على هذا الاتجاه أن فيه خروج بالتفسير عن وظيفته وتحويله الى خلق للقواعد القانونية كما أن فيه توسيع غير مأمون لسلطة القضاء •

ج - المذهب العلمى الحر : -

يأخذ بضرورة البحث عن ارادة المشرع الحقيقية عند اصدار النص فى حالة وجود نص تشريعى •

أما اذا لم يوجد نص تشريعى ، فلا يبحث عن الارادة المفترضة للمشرع وقت صدور التشريع • وانما يجب أن نتلمس الحكم بالرجوع الى جوهر القانون ومجموعة الحقائق التى تساهم فى تكوينه • وبالتالى فان هذا المذهب يسلم بسلطة القاضى بابتداع الحل فيما لم يرد بشأنه حكم

- اتجاه القانون عندنا : -

نصت م ١ ف ١ مدنى على أنه « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى **فحواها** » .

وفى ذلك اشارة لتبنى المشرع للأتجاه الاجتماعى فى التفسير ، بحيث للقاضى أن يستعين بالحقائق المساهمة فى تكوين جوهر القاعدة القانونية للتعرف على الارادة المتحملة للمشرع عند تطبيق النص . كما يستفاد من احالة م ١ مدنى على مبادىء القانون الطبيعى وفقدان العدالة فى حالة عدم وجود قاعدة قانونية بين المصادر الرسمية التى عددتها ، تبنى المشرع للمذهب العلمى الحر .

رابعا الوسائل الفنية للتفسير : -

يميز بين حالتين : -

الحالة الأولى : -

- حالة النص السليم .

الحالة الثانية : -

- حالة النص المعيب .

الحالة الأولى حالة النص السليم : -

فى هذه الحالة يقتصر دور المفسر على أستخلاص المعنى من ألفاظه أو ما يشير اليه عن طريق دلالته ، أى من فحواه وروحه . نعرض **لهاتين الصورتين : -**

١ - المعنى المستفاد من عبارة النص أو من ألفاظه : -

متى كان النص واضحا فان المعنى يستخلص من ألفاظه . وهو ما يسمى بالمعنى الحرفى للنص . والعبرة هى بمجموع العبارة وليس بكل لفظة على حدة .

واذا كان للفظ الواحد معنى لغوى . وآخر اصطلاحى ، تعين الأخذ بالمعنى الاصطلاحى ما لم تتبين نية المشرع فى غير ذلك (١) .

---

(١) مثال ذلك استخدم تعبير « الزنا الذى يدل لغويا على علاقة جنسية غير مشروعة رجل وأمراة فيما تستخدم اصطلاحا فى قيام علاقة جنسية رجل وامرأة يكون أحدهما متزوجان .

٢ ـ المعنى المستفاد من روح النص : ـ

وفى هذه الحالة يتم تقصى جميع المعانى التى يشملها النص والتى تستفاد عن طريق اشارته ودتلالته ٠

علما بأن من طرق التفسير باعتبارها تؤدى الى التفسير الموسع لا تستخدم فى مجال النصوص القانونية التى تقرر أستثناء من قاعد عامة ذلك أن الاستثناء لا يتوسع فى تفسيره ٠ كذلك الحال بالنسبة للنصوص الجنائية فيما تحصره من أفعال مجرمة

أ اشارة النص : ـ

يقصد به المعنى الذى يعد لازما لما يستفاد من عبارة النص ٠

مثال ذلك :

أن يستفاد من تضمن النص فى التقنين المدنى الأهلى أختصاص المحاكم الوطنية بنظر ما ينشأ من منازعات (١) ٠

على أن يكون معلوما أنه يلزم ألا يتعارض المعنى المستخلص بطريق الاشارة مع المعنى المستخلص من عبارة نص آخر والاغلب المعنى المستفاد عن طريق العبارة ٠

ب ـ دلالة النص ومفهومه : ـ

يقصد به المعنى الذى يستفاد من روح النص ومفهومه ٠ وتتعدد طرق استنتاج روح النص : ـ

ـ الاستنتاج بالقياس : ـ

وهو اعطاء وضع غير منصوص عليه حكم وضع منصوص عليه لاتحاد العلة بالنسبة لهما ٠ مثال ذلك أن ينص القانون التجارى (م ٢ ف ١٣) على أن التأمين البحرى يعتبر عملا تجاريا ٠ فيعدى هذا الحكم للتأمين البرى على سبيل القياس لاتحاد العلة ٠

الاستنتاج من باب أولى : ـ

هو اعطاء وضع غير منصوص عليه حكم وضع منصوص عليه لأن

---

(١) أنظر المواد ١٥٥ الى ١٥٧ بخصوص النفقة الواجبة لذوى القربى ٠ أنظر د ٠ توفيق فرج ٠ المرجع السابق ٠

العلة تكون أكثر توافرا فى الوضع الذى لم يتناوله النص .

مثال ذلك . الترخيص للزوج أن يوقف الحكم الصادر على زوجته لزناها بمعاشرته لها . يستفاد من باب أولى أن له أن يوقف اجراءات الدعوى ضد زوجته قبل صدور الحكم عليها .

الاستنتاج من مفهوم المخالفة : —

ذلك يقتضى قصر حكم القاعدة القانونية على ما وردت بشأنه واعطاء الأوضاع الأخرى التى لم يرد عنها نص حكما مخالفا . ذلك اما لاختلاف العلة فى الحالتين واما لأن الحالة التى صرح المشرع بحكمها تعتبر استثناء من الحالة التى ينص عليها (١) .

مثال الحالة الأولى : —

ما ينص عليه القانون المدنى من أنه « اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالابقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد » يستفاد اذن بمفهوم المخالفة انه اذا لم يعين ميعاد للقبول أمكن العدول عن الايجاب .

مثال الحالة الثانية : —

ما تنص عليه م ٢٠ من قانون الاثبات المصرى من أنه « يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب الزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده » . يؤخذ من النص أن ما ورد فيه من حالات ورد على سبيل الحصر وأن حكم النص لا يتعدى الى غير هذه الحالات (٢) .

الحالة الثانية حالة النص المعيب : —

قد يكون العيب نتيجة خطأ مادى لسهو من المشرع (٣) أو لاغفال

---

(١) أنظر د . توفيق فرج . المرجع السابق .

(٢) ضرورة الحذر فى الأخذ بهذه الوسيلة للتفسير اذ قد يكون الحكم الوارد فى النص واردا على سبيل المثال وفى هذه الحالة لا يصح الأخذ بمفهوم المخالفة . مثال ذلك م ٤٢١ « يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع . فلا يصح أن يفهم أن البيع على أى شرط آخر كشرط المذاق أو الرؤية ... يكون نهائيا .

(٣) من قبيل ذلك نص المشرع فى م ٢٥٣ عقوبات من أنه يعاقب بالأشغال « مؤقتا » وصحتها المؤقتة .

لفظ فى النص التشـريعى بحيث لا يسـتقيم الحكم بدونه (١) . أو الغموض يأتى من أن أحد ألفـاظ النص مما يحتمل أكثـر من معنى واحد (٢) .

يستعان فى معالجة هذه العيوب بالرجـوع للأعمال التحضيريـة والمصدر التاريخى للنص والحكمة من التشريع .

---

(١) أنظر م ٣٧ ف ٤ عن الموجبات اللبنانى «أن يحلف اليمين عند الأقتضاء على وجوب دين ما » وصحتها على « عدم » وجوب دين ما .

(٢) أستخدام الزنا فى النص ، علما بالفارق بين معناه اللغوى والاصطلاحى .

القسم الثـانى

فى الحـــق

رأينا فى مقدمة هذا الكتاب كيف يرتبط الحق بالقانون ، باعتبار أن تقرير الحقوق والواجبات يمثل تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة فى الجماعة .

دراسة الحق تقتضى معرفة بالآتى : -

البـاب الأول : -

التعريف بالحق ، وأنواعه .

الباب الثانى : -

أركـان الحق .

الباب الثالث : -

مصـادر الحق .

الباب الرابع : -

مباشرة الحـق .

الباب الأول

التعريف بالحق وأنواعه

الفصــل الأول

تعريف الحــق

تعددت الأتجاهات فى تعريف الحق : ـ

أولا أتجاه شخصى : ـ

ينظر للحق من ناحية صاحبه ، فيعرفه بأنه سـلطة ارادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص فى نطاق معلوم ٠

نقــد :

فقد أنتقد هذا الاتجاه على أساس أنه يربط الحق بالارادة مع ما فى ذلك من عدم دقة تظهر فى موضعين : ـ

لو سلم بصحة هذا الاتجاه لتعـذر أن تثبت الحقوق للأشـخاص المعنوية اذ ليس لديها ارادة حقيقية ٠ بينمـا من الثابت أن الأشـخاص المعنوية تثبت لها الحقوق كالأشخاص الطبيعية ٠

ثم انـه من الثابت أن الحقوق تثبت للأشـخاص الطبيعية دون أن يتعلق ذلك بوجود الارادة لديهم شأن المجنون والصغير غير المميز ٠

كما قيل بحق فى ختام هذا النقد أن الارادة لا تلزم لثبوت الحـق وانما لمباشرة السلطات التى يخولها ٠

ثانيا الاتجــاه الموضوعى : ـ

ينظر للحق من ناحية الغاية منه ٠ فيعرفـه بأنه مصلحة يحميهـا القانون ٠

وبالتالى يتحلل الحق الى عنصرين : عنصر موضوعى ٠ يتمثل فى الهدف العملى من الحق وهو المصلحـة (١) ٠

---

(١) فحق الدائن قبل مدينه يمثله مصلحة فى اقتضاء حقه ٠ وحق صاحب الملكية يمثله مصلحة فى الافادة الكاملة من الشىء محل الملكية ٠

وعنصر شكلي : ـ يمثل وسيلة الحماية ٠

نقـــد : ـ

ينتقد هذا الاتجاه من ناحية على أساس أنه يعرف الحق بالغاية منه (المصلحـة) ٠

كما أنتقد من ناحية أخرى على أساس أن الحماية هي وسيلة حماية الحق وليست شرطا لوجوده ٠ فالحـق لا يعتبر حقا لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق (١) ٠

ثالثا الاتجــاه المختلط : ـ

يجمـع فى تعريـف الحـق بين عنصـرى الارادة والمصلحة ٠ مع اختلافهم فيما بينهم فى تقديم أحـد العنصرين على الآخـر ٠ فمن يغلب الارادة ، يعرف الحق بأنه « القدرة الارادية المعطـاة فى سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون » بينما من يغلب عنصر المصلحة يعرف الحـق بأنه « المصلحة التى يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة ارادية معينة ٠

نقـــد : ـ

كما جمع بين العنصرين ، فلقد وجه اليه ما وجه للأتجاهين معا من انتقادات ٠

الاتجاه المختار فى تعريف الحق : ـ

هو أستئثار يحميه القانـون ٠
وبالتالى يتحلل الحق الى عنصرين : ـ

١ ـ الاستئثار : ـ

وهو يمثل جوهر الحق ٠ ويقصد به الانفراد بالميزات التى يخولها الحق ٠ فالدائن ينفرد وحده دون غيره بمطالبة المدينين بحق كما ينفرد صاحب الملك بالتصرف وباستعمال وباستغلال ما يملك ٠

---

(١) أنظر د٠ حسن كيرة المرجع السابق ص ٤٣٥ ٠

ثم ان الاستئثار لا يحتاج ثبوته لوجود ارادة حقيقية لدى صاحب الحق (١) ٠

هذا الاستئثار قد يخول تسلط على شيء كما هو الحال فى حق الملكية ، كما قد يخول قدرة اقتضاء أداء معين فى شخص معين كما هو الحال فى حق الدائنية ٠

٢ - الحماية القانونية : -

فى نطاق الوضعية القانونية لا يكون الاستئثار بما يخوله من مميزات شرعيا الا اذا تكلل بالحماية القانونية التى تميزه عن الاستئثار المعتمد على الاغتصاب ٠

وتنصرف الحماية القانونية الى اقرار استئثار صاحب الحق وما يخوله هذا الاستئثار من ميزات ٠ ويتحقق ذلك عن طريق كفالة القانون للشخص مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق انفراده بما يخوله الحق من مميزات ٠

فاذا أقر القانون أستئثار الشخص ، فانه يعطيه وسيلة الدفاع اذا ما أعتدى عليه أو كان مهددا باعتداء عليه ، وهذه الوسيلة هى الدعوى أو الدفع أمام القضاء ٠ وفى ذلك تتميز بين الحماية القانونية اللازمة لوجود الحق (بمعنى اقرار القانون للاستئثار) وبين الحماية باعتبارها وسيلة الحماية (الدعوى أو الدفع) وهذه لا تظهر الحاجة اليها الا اذا كان الشخص مهددا فى استئثاره (٢) ٠

---

(١) ثبوت الحق لعديم الارادة (مجنون - صغير السن غير المميز) أو ثبوته دون أن يكون للارادة دخل (الغائب) ٠

(٢) أنظر توفيق فرج ٠

الفصل الثانى

أنواع الحقوق

معيار التقسيم :-

أختلف الفقه حول المعيار المتخذ أساسا للتقسيم • نتخير من هذه الاتجاهات التقسيم المعتمد على مدى توافر أو تخلف القيمة المالية فى الحق وما يستتبعه ذلك من آثار مختلفة (١) • أهمها دخول الحقوق المالية وحدها فى الذمة المالية مكونة جانبها الايجابى ، وقابليتها بالتالى - على خلاف الحقوق غير المالية - للتصرف والحجز والتقادم والارث •

على أساس من هذا المعيار نقسم الحقوق الى :-
حقوق غير مالية - حقوق مالية - حقوق مختلطة (الحقوق الذهنية)

المبحث الأول
الحقوق غير المالية

وهذه تضم بدورها الحقوق السياسية ، الحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الأسرة •

المطلب الأول

الحقوق السياسية

هى تلك التى يقررها القانون للشخص باعتباره منتميا الى بلد معين حتى يتمكن من الأشتراك فى شئون الحكم واقامة النظام السياسى فى الجماعة •

---

(١) هذا لا يمنع عدم دقته فى بعض المواضع • اذ من الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية كحق البنوة يستتبع الارث • وحق الطلاق يستتبع النفقة • كذلك الاعتداء على الحقوق غير المالية يولد حقا ماليا بالتعويض • هذا فضلا عن الطبيعة المختلطة لبعض الحقوق (حق المؤلف) • أنظر د• حسن كيرة المرجع السابق ص ٤٤٧ •

مثال ذلك :

حق الترشيح للمجالس النيابية وحق الأنتخاب وحق تولى الوظائف العامة . تتميز الحقوق السياسية الى جانب طابعها غير المالى مع ما يترتب عليه من آثار ، أنها تخص المواطنين دون الأجانب (١) . كما أنها لا تعتبر مجرد ميزات للمواطنين وانما وظائف سياسية . بمعنى أنها حقوق لها وظيفة اجتماعية تتمثل فى حماية المصالح السياسية للجماعة .

المطلب الثانى

الحقوق اللصيقة بالشخصية

هذه تثبت للشخص لكونه انسانا . وبالتالى فيتمتع بها المواطنون والأجانب على السواء .

باعتبار أتصال هذه الحقوق بالشخص فلقد سميت بالحقوق اللصيقة بالشخصية . وهذه منها ما يرمى الى حماية الكيان المادى للانسان ومنها ما يرمى الى حماية الكيان المعنوى أو الأدبى له . فمن النوع الأول حق الشخص فى الحياة وفى سلامة جسمه وأعضائه ومقتضى قيام هذه الحقوق أستلزام أمتناع الآخرين عن المساس بها أو الأعتداء عليها .

أما النوع الثانى . فهو ما يتعلق بحماية الكيان الأدبى أو المعنوى للشخص .

مثال ذلك :

الحق فى المحافظة على السمعة والشرف .

ومن المعلوم ، أن المشرع فى مصر لم يورد تعدادا لهذه الحقوق وانما أكتفى بالاشارة الى وجودها والى حمايتها فى حالة الاعتداء عليها . (م ٥٠ مدنى) .

---

(١) مع ذلك فهناك أستثناءات يتولى بمقتضاها الأجانب الوظائف العامة .

المطلب الثـالث
حقـــوق الأســـرة

وهى تثبت للشخص باعتباره عضـــوا فى الأسرة · وهى تختلف باختلاف مركـز الشخص ووضعه فى الأســـرة · فللـزوج حقوق على زوجتـه بصفته زوجها · ولها هى الأخـرى حقوق على زوجها بصفتهـا زوجته · وهكذا فى علاقة الآب مع أولاده والعكس ·

والطابع المميز لهذه الحقوق أنها لا تمنح لأصحـابها لتحقيق مصلحة شخصية لهم ، ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة الأســرة بصفة عامة ·

خصائص هذا النوع من الحقـوق

تشترك هذه الحقوق جميعا فى أنها غير ذات قيمة مالية (١) وبالتالى فانها تخرج عن دائرة التعامل فلا يصـح نقلها للغير بالتنـازل عنها أو التصرف فيها · كمـا أنه لا يرد عليهـا ما يـرد على الحقوق المـالية من تقادم (٢) ·

علمـا بأنه لا يجـوز أن يسـتفاد من أرتباط الحقـوق اللصيقـة بالشخصية بشخص صاحبها سلطته المطلقة على جسمه وعلى أعتباره ·

فالعلة من أعتبار أن الأصل هو منع التصرف فى هذه الحقوق أن احاطتها بالحماية لا تخص الشخص نفسه فقط بل تمس الصالح العـام أيضا · لذلك فيكون باطلا كل تصرف من جانب الشخص فى جسمه اذا تعارض مع الصالح العام فى الجماعة (٣) · أما اذا كان تصرف الشخص فى جسمه غير متعـارض مع الصالح العام فى الجمـاعة وغير مؤدى الى الانقاص من الكيان المـادى للشخص كان التصرف صحيحا · شأن ذلك الارضاع أو بيع الدم أو هبته والتصرف فى الشعر بعد حلاقته ·

---

(١) فاذا أستعمل شخص أسم الغير فانه لا يكتسب عليه حقا مهما طالت المدة ·

(٢) علما بأن الأعتداء عليها يرتب حقا ماليا بالتعويض له كل خصائص الحق المـالى (التصرف فيه ـ التقادم) ·
الحق المالى (التصرف فيه ـ التقادم) ·

(٣) وهذا ما يفسر معاقبة بعض القـوانين على الشـروع فى الانتحار أو على من يقتل آخر بناء على طلبه أو برضاء المجنى عليه ·

واذا كانت هذه هى حدود تصرف الشخص فى جسمه فى حياته ، فانه لا يوجد ما يمنع من أن يوصى الشخص بجسده أو جزء منه بعد وفاته لمعهد أبحاث أو يوصى بعينيه لبنك من بنوك العيون ٠

المبحث الثانى

الحقـــوق المالية

وهى تسمى بذلك لأن موضوع الحق فيها يقوم بالمال والهدف الأساسى منها هو الحصول على فائدة مادية ٠ هذه الحقوق تقبل التعامل فيها (التصرف فيها ٠ التنازل عنها) كما تتقادم وتنتقل الى الورثة ٠

وهى تنقسم الى قسمين أساسيين : ـ

ـ الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية ٠

ـ الحقـوق العينية ٠

ذلك من شأنه أن يحدد بحثنا للحقوق المالية على الوجه الآتى : ـ

المطلب الأول

الحقوق العينية ٠

المطلب الثانى

الحقوق الشخصية (حقوق الدائنية) ٠

المطلب الثالث

التفرقة بين الحقوق العينية والشخصية ٠

المطلب الأول

الحقـــوق العينية

التعريف بالحقوق العينية وأنواعها : ـ

الحق العينى هو أستئثار مباشر يحميه القانون يتقرر لشخص على شيء مادي معين • فالصلة بين صاحب الحق العينى ومحله مباشرة بحيث تسمح له أن يباشر عليه كل ما هو مخول له من سلطات مباشرة وبغير توقف على تدخل أحـد •

فمالك المنزل مثلا يستطيع أن يستعمله بسكناه كما يستطيع أن يستغله بتأجيره لغيره كما يستطيع التصرف فيه بالبيع أو الهبة ، دون توقف فى كل ذلك ـ على تدخل شخص آخر •

ـ تنقسم الحقوق العينية هذه الى : ـ
ـ حقوق عينية أصلية •
ـ حقوق عينية تبعية •

الفرع الأول

الحقـوق العينية الأصلية

« هى تلك الحقوق العينية المســتقلة التى لا تتبع حقا آخـر أو تستند فى وجودها اليه ، وانما توجد لأنها مقصـودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الأستحصال على المزايا والمنـافع المالية للأشـياء المادية ، وهى لا تخرج عن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف • غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعا لأختلاف مضمونها باتساع أو ضيــق ما تخوله من هذه السلطات الثلاث (١) • فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب حق ، يسمى الحق « حق ملكية » وحيث تتوزع هذه السلطات تتفرغ عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر أقتطاعا منه • فنعرض

---

(١) أنظر د• حسن كيرة المرجع السابق ص ٤٦٠ •

لحق الملكية باعتباره الحق العينى الأصلى الأم وللحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه ٠

أولا حـق الملكية : —

هو أشمل الحقوق العينية مضمـونا ، اذ يخول لصاحبه سـلطة الأستعمال ، الأستغلال والتصرف ٠ (م ٨٠٢ مدنى) ٠

فيقصد **بالاستعمال** استخدام الشىء فيما أعد له بغير المسـاس بجوهره ٠

مثال ذلك :

ركوب السيارة ، سكنى المنزل ، قراءة كتاب ٠ يترتب على ذلك أن الاستعمال لا يتصور الا على الأشياء التى تقبل الاستعمال المتكرر دون مساس بمادتهـا ٠

ويقصد بالأستغلال ٠ الحصـول على ما يتولد أو ينتـج عنه من ثمار ٠ **والثمار** هى ما يتولد دوريا عن الشىء من فوائـد أو منافع فى مواعيد دورية دون مساس بجوهره ٠ هذه الثمار اما أن تكون **ماديـة** أو **مدنية** ٠ **والثمار المادية** تتولد اما بفعل الطبيعة مثل نتاج الحيوان ، واما بفعل الانسان مثل المزروعات ٠ والنوع الاول يسمى ثمارا طبيعية ، والنوع الثانى يسمى ثمارا صناعية نظرا لتدخل الانسان فى استحداثها ٠ أما **الثمار المدنية** أو القانونية فهى عبارة عن ريع الشىء وما يغله من دخل نقدى فى مقابل الانتفـاع به ، وذلك كالأجرة التى يحصـل عليها المالك من تأجيره لملكه ، وفوائد السندات وأرباح الأسهم (١) ٠

أما التصـرف فهو مظهـر التسلط على رقبـة الشىء اما ماديا باستهلاكه والقضاء على مادته واما قانونيا بالنزول عن ملكيته للغير ٠
هذه السلطات الثلاث مجتمعة لا تكون الا لمـالك الشىء وتكون بصدد الملكية التامة ٠ الا أنه ينبغى أن يراعى أن التصرف هو العنصر

(١) أنظر د٠ توفيق فرج المرجع السابق ٠

الذى يميز حق الملكية عن غيره من الحقـوق العينية الأصلية ، ولهـذا فانه يظل دائما فى يد المالك • أما الاستعمال والاستغلال فيجوز ثبوتهما لغير المالك وفى هذه الحالة تتجزأ الملكية ويتفرع عنها حق الانتفـاع ، أما من بقى له حق التصرف فى هذه الحالة ، فيقال له مالك الرقبة •

ثانيا الحقوق المتفرعة عن حق الملكية : ـ

١ ـ حـق الانتفـاع : ـ

هو حق يخول المنتفع سـلطة أستعمال وأستغلال شىء مملـوك للغير • وعلى المنتفع أن يبـذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبـذله الشخص المعتاد • (م ٩٩٠ /١ مدنى) • وأن يرده عند انتهاء حـق الانتفاع • وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهى بانقضاء الاجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهـو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ٩٩٣ مدنى) كما ينتهى بعدم الأستعمال لمدة ١٥ سنة •

٢ ـ حق الأستعمال • وحق السكن : ـ

حق الأستعمال يخول صاحبه سلطة أستعمال شىء مملوك لغيره •
مثال ذلك : ـ

حق أستعمال سيارة مملوكة للغير •

واذا كان محل حق الأستعمال عينا معدة للسكنى سمى حينئـذ « حق السكنى » ، وأقتصر على تخـويل صاحبه مجرد سكن هذه العين دون بقية أوجه أستعمالها الأخرى (١) ، ودون أستغلالها من باب أولى بالتأجير مثلا الى الغير •

ويتحدد نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم وذلك دون اخلال بما يقرره السند المنشىء للحق من أحكـام (٩٩٦ مدنى) • ولا يجوز النـزول

---

(١) ليس له أن يفتح فيه متجـرا •

للغير عن أى منهما الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م٩٩٧ مدنى)٠ وكلا الحقين حق مؤقت ينتهى بانقضاء الاجل المعين أو حتى قبل انقضائه فى حال موت صاحبه ٠

٣ – حق الحكـر : –

يتقرر هذا الحق على الأرض الموقوفة (١) ٠ ويخول لصـاحبه – المحتكر أستعمالها بالغراس فيها أو البناء عليها ٠ وهو يملك ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدنى) ٠

ولا يجوز التحكير الا لضرورة أو مصلحة ٠ ويجب على أى حال أن لا يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) ٠

وحق الحكر حق مؤقت ينتهى بحلول الأجل المعين له ٠ ولكن على خلاف حق الأنتفاع وحق الأستعمال والسكنى – لا ينقضى بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنـائه أو غراسه ٠ أما اذا كـان الموت قبل البناء أو الغراس ٠ فالأصـل هو انقضاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه (م ١٠٠٨ / ٢ مدنى) ٠

٤ – حـق الأرتفـاق : –

هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (م ١٠١٥ مدنى) أى أنه لابد من وجود تكليف على عقار لمصلحة عقار آخر ، ويكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ٠ مثال ذلك الأرتفاق بالمرور ٠ بمقتضاه يكون لصاحب العقار المخدوم حق المرور عبر العقار الخـادم ٠

والأصل أن الأرتفاق يظل قائما ما بقى العقاران الخادم والمخدوم ،

---

(١) لهذا فانه بعد الغاء الوقف الاهلى سنة ١٩٥٣ أنتهت الأحكار التى كانت مرتبة على الأعيان الموقوفة ٠ وتمشيا مع سـياسة تصفية الأحكار ، فقد خول القانون لوزير الوقف انهاءها على الأوقاف الخيرية اذا أقتضت المصلحة ذلك ٠

ما لم يوجد أتفاق على انشاء الأرتفاق لمدة معينة أو ما لم ينتهى بعدم الأستعمال مدة ١٥ سنة (م ١٠٢٦ - م ١٠٢٧ - م ١٠٢٨ مدنى) ٠

هذه هي الحقوق العينية الاصلية ، الا أنه يلاحظ أن حق الملكية هو حق دائم يبقى طالما بقى الشىء ، فلا يسقط بعدم الاستعمال ، مهما طال الزمن ٠ اللهم الا اذا وضع شخص يده على الشىء الذى أهمل المالك مباشرة سلطاته عليه مدة طويلة ، فان واضع اليد يكتسب فى هذه الحالة ملكية الشىء بالتقادم ٠ أما بالنسبة للحقوق الاخرى المتفرعة عن الملكية ، فانها تسقط بعدم أستعمالها مدة ١٥ سنة ٠

الفرع الثاني

الحقوق العينية التبعية

تمهيد وتعريف : -

يقضى القانون بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ٠ وهذا ما يسمى بالضمان العام ٠ الا أن أموال المدين عند التنفيذ عليها قد لا تفى بالوفا بكل ديونه وفى هذه الحالة يقتسمها الدائنون قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم ٠

الا أن المديونية لا تغل يد المدين فى التصرف فى أمواله كما أنها لا تحول بينه وبين الاستدانة من جديد مما يكون من شأنه أن ينقص من الضمان العام للدائنين سواء بتقليص الأموال التى يمكن التنفيذ عليها أو باضافة دائنين جدد ٠ ذلك دعى الدائنون للبحث عن ضمانات خاصة تضمن الوفاء بحقهم وهى ما تسمى بالتأمينات ٠ هذه التأمينات قد تكون شخصية وقد تكون عينية ٠ تكون شخصية فى صورة الكفالة (١) أو تضامن المدينين (٢) ٠

---

(١) وهى الحالة التى يقدم فيها المدين كفيلا يكفل تنفيذ الالتزام اذا لم يقم هو بالوفاء به ٠

(٢) وبمقتضاه يتمكن الدائن من أستيفاء حق بالكامل من أى مدين متضامن ٠

أما التأمين العينى فبمقتضاه يتقرر للدائن حـق عينى على شىء يملكه المدين ضمانا للوفاء بحق الدائنية الذى له قبل المدين · وبمقتضى هذا الحق يكون للدائن تتبع الشىء الذى يرد عليه الضمان فى أى يد كانت اذا ما تصرف فيه المدين ببيع أو بغيره · كما يمكنه استيفاء حقه بالتقدم على سائر الدائنين الأخرين الذين ليست لهم ضمانات خاصة ·

هذا التأمين هو ما يطلق عليه الحق العينى التبعى · وقد سمى بالحق العينى لأنه يقرر للدائن سلطة مباشرة على شىء معين بذاته من أموال المدين · وسمى بالتبعى لأنه يقوم تبعا لقيام حق شخصى (حـق الدائنية) وضمانا للوفاء به ·

تتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصـدرها الى ثلاثة أنواع : الرهن وهو يتقرر بالأتفاق والاختصـاص وهو يتقـرر بأمر القضـاء والامتياز وهو يتقرر بنص القانون · **نوضح كل منهم بايجاز : —**

أولا الرهـــن : —

الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى ·

١ — الرهن الرسمى : —

ينشأ عن عقد رسمى ويخول الدائن ، على **عقـــار** مخصص لوفاء دينه ، سلطة التقدم على الدائنـين التالين له فى المرتبة ، فى أسـتيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون (م ١٠٣٠ مدنى) ولكى يحتج به على الغير من الدائنين الاخرين أو من تنتقل اليهم ملكية العقار لابد من شهره عن طريق القيد فى الشهر العقارى ·

ولا يؤثر الرهن على سلطات المالك الراهن ومع ذلك يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن (١٠٤٧ مدنى)·

٢ — الرهن الحيازى : —

ينشأ عن عقد يلتزم به شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبى يعينه المتعـاقدان ، شيئا يرتب عليه

للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين أستيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنيين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ٠

ولا يشترط تحرير هذا العقد أمام موظف رسمي ٠ وهو يرد على العقار أو المنقول بينما لا يقع الرهن الرسمي الا على عقار ٠ ثم انه يترتب عليه وضع الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن دون خروجه من ملك المدين على خلاف الرهن الرسمي حيث يبقى العقار المرهون في حيازة مالكه ٠

ويترتب على أنتقال حيازة الشيء المرهون الى الدائن أن يلتزم هذا الاخير بحفظه وصيانته ، وما يحصل عليه الدائن من صافي الريع وما أستفاده من أستعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ٠ (م ١١٠٣ ـ م ١١٠٤ مدني) ٠

يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الاجنبي الذي أرتضاه المتعاقدان (م ١١٠٩ مدني) ٠ والى جانب ذلك في حالة كون محل الرهن الحيازي عقارا لابد أن يقيد الرهن في الشهر العقاري ٠ أو أن يكون المحرر المثبت له ثابت التاريخ اذا كان محل الرهن منقولا ٠ (م ١١١٧ مدني) ٠

ويخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن الحق في أستيفاء دينه من ثمن العين المرهونة بالاولوية على غيره من الدائنين ٠ كما يخوله كذلك الحق في تتبع العين في أي يد كانت ليستوفي دينه من ثمنها ٠

ثانيا حق الأختصاص : ـ

يتقرر بأمر من القضاء للدائن حسن النية الذي بيده حكم واجب التنفيذ ضد مدينه ٠ ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين (لا يتقرر على المنقولات) ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥ / ١ مدني) ٠

يصدر الأمر بالأختصاص من رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يراد الأختصاص بها بناء على عريضة مقدمة من الدائن (م ١٠٨٩ مدني) ٠ ويصدر الاختصاص مراعيا التناسب

بين مقدار الدين وقيمة العقارات التى يتقرر عليها الاختصاص .

ويخول حق الاختصاص للدائن حق التقدم والاولوية فى أستيفاء حقه . وتحسب أولوية الدائن من وقت قيد الاختصاص فى مكتب الشهر العقارى . وتظل حيازة العقار الذى يقع عليه الاختصاص للمالك .

ثالثا حقوق الامتيـــاز :-

ينشأ حق الامتياز بنص القانون وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين . وحق الامتياز يخول لصاحبه حق التقدم والاولوية على الدائنين التاليين له فى المرتبة . والقانون هو الذى يحدد مرتبة الامتياز . ولقد نص القانون المدنى فى الباب الخامس بحقوق الامتياز على أنه اذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخرا فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب (م ١١٣١ مدنى) .

هذا الحق قد يكون عاما يرد على جميع أموال المدين (عقار ومنقول) **مثال ذلك** امتياز المبالغ المستحقة للخدم والعمال وكل أجير آخر عن أجرهم ورواتبهم عن الستة أشهر الأخيرة (م ١١٤١ مدنى) وقد يكون حق أمتياز خاص يرد على مال معين بالذات . هذا المال قد يكون عقارا ، كامتياز بائع العقار ضمانا لحقه بالنسبة للباقى من الثمن . وهذا الأمتياز يجب أن يسجل فى الشهر العقارى ، وتكون مرتبته من وقت قيده .

وقد يرد الأمتياز الخاص على منقول معين وذلك كامتياز مؤجر العقارات على منقولات المستأجر من مفروشات ضمانا للأجرة (١) .

---

(١) أنظر فى ذلك د. حسن كيرة . ـ د. توفيق فرج المرجعين السابقين .

المطلب الثـانى

الحقوق الشخصية (حقوق الدائنين)

أولا تعـريفها : ـ

الحق الشخصى هو سلطة تثبت لشخص معين (الدائـن) فى أقتضاء أداء معين (القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) من شخص آخر (مدين) ٠

لذلك يقال بأن الحق الشخصى يعبر عن قيام رابطة أقتضاء ٠ هذه الرابطة لها وجهان : **الأول** ايجـابى باعتبـاره يقرر حق للدائـن فى أقتضاء أداء معين وهـو ما يطلق عليه الحـق الشخصى ٠ **والثـانى** سلبى باعتباره يقـرر التزاما على عاتق المديـن بتنفيذ هذا الأداء وهـو ما يطلق عليه الالتزام ٠

علما بأن مالية الأداء (امكانية تقويم الأداء بالنقود) هى التى تجعل من الحق الشخصى حق مالى وتؤدى الى دخول الحق الشخصى ضمـن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن والى دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين ٠

ثانيا أنواعهـا : ـ

محل الالتزام (أو الحق الشخصى) دائما القيام بعمل معين ٠ هذا العمل قد يكون **ايجابيا وهو ما يطلق عليه الالتزام بعمل (١)** ذلك شأن

---

(١) هناك جانب من الفقه يميز بجانب هذين النوعين بين نـوع ثالث وهو **الالتزام باعطاء** ويقصد به الحالة التى ينشأ فيها عن الالتـزام بعمل نقل حق عينى أو انشائه ٠ سواء بمقابل أو بغير مقابل ٠ **مثال ذلك** التزام بائع العقار بنقل ملكيته للمشترى ٠ من جانبنا نرى أن الالتزام باعطاء ما هو الا التزام بعمل باعتبار أن حق مشترى العقـار فى أقتضاء نقل الملكية اليه من بائعه ـ وهو حق شخصى ـ ليس محله العقار المبيع ، وانما محله عمل ايجـابى هو قيام البائع بالعمل الـلازم (اجراءات التسجيل) لنقل الملكية الى المشترى .

المقاول الذى يلتزم ببنـاء منزل لشخص معـين بمقتضى عقد المقـاولة . وكالتزام الممثل بالتمثيل فى رواية معينة بمقتضى العقد بينه وبين مدير المسرح . كما أن هذا العمل قد يكون **سلبيا** وهو ما يطلق عليه **الالتـزام بالامتناع عن عمل** . مثال ذلك التزام بائع المحل التجارى قبل مشـتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى نفس الحى طوال مـدة معلومة .

ثالثا مصادر الحقوق الشخصية : ـ

على عكس الحقوق العينية لتى أوردها القانون على سبيل الحصر فانه بشأن الحقوق الشخصية أكتفى ببيان مصادرها . هذه المصـادر هى : ـ

١ ـ العقـد : ـ

هو تلاقى ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانونى . وللأفراد بمقتضى ذلك انشاء ما شاء وامن الحقوق بشـرط عدم مخالفة النظام العـام والآداب .

٢ ـ الارادة المنفردة : ـ

الارادة المنفـردة قادرة على انشاء حـق شخص فى حالة الوعـد بجائزة . فاذا ما وجه شخص الى الجمهور وعـدا بجائزة يعطيها عن عمل معين ، التزام بارادته المنفردة باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل .

٣ ـ العمل غير المشروع : ـ

وذلك باعتبار أن « كل خطأ سبب ضررا للغير ، يلزم من أرتكبـه بالتعويض » أى أنه ينشأ للمضرور حقا فى التعويض . (م ١٦٣ مدنى) .

٤ ـ الأثراء بلا سبب (العمل النافع) : ـ

كل شخص أثـرى بدون سبب مشروع على حسـاب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . (م ١٧٩ مدنى) .

٥ ـ القانون : ـ

من الألتزامات ما ينشـأ مباشرة عن القانـون (م ١٩٨ مدنى) .

مثال ذلك التزام الأب بالنفقة على أبنائه ٠

المطلب الثـالث

التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية

تبرز الفوارق الأساسية بينهما فيما يلى : ـ

١ ـ الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر ، بخلاف الحقـوق الشخصية التى أكتفى المشرع ببيان مصادرها وترك لارادة الأفراد حرية انشاء ماشاءوا منها طالما أن الأداء الذى يتم الاتفاق عليه ممكنا (م ١٣٢ مدنى) ، ومعينا أو قابـلا للتعيين (م ١٣٣ مدنى) ومشـروعا أى غير مخالف للنظام العام والآداب (م ١٣٥ مدنى) ٠

٢ ـ الحق العينى يخـول لصاحبه استئثار باشر بشىء معـين بحيث يتمكن صاحبه من الحصول على المزايا التى عينها له الحق مباشـرة وبدون توقف على تدخل أحد ٠ ذلك على خلاف الحق الشخصى فباعتبار تولده عن رابطة اقتضاء ، فان اقتضاء الدائن لحقه يتوقف على تنفيـذ المدين لالتزامه ٠

٣ ـ يتميـز الحـق العينى بامكان نـزول صاحبه عنه بارادته المنفردة وذلك لأنه عبارة عن استئثار مباشر من صاحب الحق على الشىء محل الحق ،فيحق له أن ينزل عن تلك السلطة دون توقف ذلك على ارادة شخص غيره ٠ بينما النزول عن الحق الشخصى يتطلب موافقة المدين على الابراء الصادر من الـدائن أو على الأقل علمه به وعـدم رفضه له (م ٣٧١ مدنى) وعلة ذلك أن فى ابـراء المدين من واجبـه دون موافقته قد يكون فيه مساس بكرامته بخلع المنه عليه (١) ٠

٤ ـ يقال كذلك أن الحق العينى حق مطلق باعتبار أنه يحتج به وينتج أثره فى مواجهة الكافة (واجب عام على الكافة باحترامه والامتناع عن التعرض لصاحبه) ٠ بينما الحـق الشخصى حق نسبى باعتبـار أنه

---

(١) أنظر د٠ عبد الفتاح عبد الباقى ـ نظرية الحق الطبعة الثانية ١٩٦٥ ٠

يحتج به فقط فى مواجهة المدين • فى رأينا أن تعبير المطلق بمعنى الواجب العام بالاحترام كما يصدق على الحق العينى يصدق على الحق الشخصى • وانما الفارق بينهما هى فى صورة الأستئثار بالمزايا التى يمنحها الحق على ما بينا فى البند الثانى •

٥ — باعتبار أن الحق العينى استئثار مباشر بشىء ، فالآصل فيه أن يبقى ما بقى الشىء أى أنه دائم • ومع ذلك قد يقرر القانون توقيته لظرف أو أخر • شأن حق الانتفاع • حق الاستعمال والسكنى وحق الحكر وكل الحقوق العينية التبعية لتبعية هذه الأخيرة بالحقوق الشخصية التى تنشأ ضمانا للوفاء بها •

أما الحقوق الشخصية وهى واردة على أداء بعمل ايجابى أو سلبى بما تتضمنه من حد من حرية المدين لابد أن تكون مؤقتة • لأن القانون لا يسمح بالحد من حرية الشخص الى الأبد (م ٦٧٨ مدنى) •

٦ — الحيازة وما يترتب عليها من تقادم مكسب لا يتصور الا بالنسبة للحقوق العينية باعتبارها واردة على أشياء مادية ، بينما لا يتصور ورودها بالنسبة للحقوق الشخصية وموضوعها أمر معنوى : عمل أو أمتناع عن عمل •

٧ — الحق العينى وهو اسستئثار مباشر بشىء لابد أن يكون محله شىء مادى • حال • معين بالذات • أما الحق الشخصى ومحله عمل ايجابى أو سلبى يمكن أن يكون متعلقا بشىء مستقبل (١) أو شىء معين بالنوع • (م ١٣١ — م ١٣٣ مدنى) •

٨ — يخول الحق العينى لصاحبه ميزة الأفضلية وكذلك ميزة التتبع ، وهذا بخلاف الحق الشخصى •

المقصود **بحق التتبع** • هو قدرة صاحب الحق على تتبع محل حقه

---

(١) مع ذلك أنظر بطلان التعامل على التركة المستقبلة م ١٣١ / ٢ وحظر هبة الأموال المستقبلة م ٤٩٢ مدنى •

ليباشر عليه مايخوله له الحق من سلطات . ذلك يظهر فى الحقوق العينية الأصلية كما يكون فى الحقوق العينية التبعية . مثال ذلك بالنسبة للطائفة **الأولى** . تتبع المالك لملكه تحت أى يد كانت (سارق - غاصب) لاسترجاعها منه .

ومثال ذلك **بالنسبة للطائفة الثانية** تتبع الراهن الشىء المرهون فى أى يد كانت (المتصرف اليه) لينفذ عليه اقتضاء لحقه فى حالة عدم أداء المدين لالتزامه .

والأمر ليس كذلك فى حالة الحق الشخصى ، فالدائن لا يستطيع تتبع ما يخرج من ذمة المدين من أموال وذلك لأن حقه لا يرد على شىء معين من أموال المدين وانما يرد على عمل أو امتناع عن عمل .

أما عن حق الأفضلية (أو حق التقدم) فمؤداه ثبوت الأفضلية لصاحب الحق العينى على من يزاحمه فى الافادة من الشىء . ويبرز هذا بالنسبة للحقوق العينية التبعية فى تزاحمهم مع غيرهم من الدائنين العاديين . اذ يتقدم الدائن الممتاز (صاحب الحق العينى التبعى) على بقية الدائنين العاديين والتاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن الشىء محل الحق العينى التبعى دون مراعاة لما اذا كان يبقى من الثمن بعد ذلك ما يفى بديون الأخرين كلها أو بعضها ، أو لا يبقى منه شىء البتة (١) .

حق الأفضلية يوجد كذلك فى الحقوق العينية الأصلية بمظهر أكثر قوة ، اذ لا يقتصر على منح صاحبه الأفضلية ، بل يحول أصلا دون أن يزاحمه فيه مزاحم ويعطيه استئثار مباشر بمنافعه (٢) .

تلك هى الحقوق العينية الأصلية . والحقوق الشخصية وما بينهما

---

(١) أنظر د. عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق .

(٢) مثال : اذا أودع مالك شىء مملوك له لدى آخر . فحجز عليه دائنوا المودع عنده . كان من شأن ميزة التقدم التى يمنحها حق الملكية للمالك أن يسترد ما يمكن ويستأثر به ويمنع غيره من مزاحمته فيما يملك .

من فروق • مع ذلك فانه كثيرا ما يؤدى الحق الشخصى الى اكتساب حق عينى •

مثال ذلك : ــ أن يشترى شخص عقار من آخر • فالى حين تمام اجراءات التسجيل يكون للمشترى حق شخصى قبل البائع باداء عمل يتمثل فى القيام بالاجراءات اللازمة لنقل الملكية الى المشترى •فاذا تمت هذه الاجراءات تملك المشترى العقار وأصبح له حقا عينيا عليه •

كذلك لو أن مشترى أشترى من آخر ٢٠ أردبا قمحا دون تعيين لها • فا الى حين افرازها يكون للمشترى حق شخصى يخوله أن يطالب البائع بافراز العشرين أردبا وتسليمها له • فاذا تم افرازها أنتقلت الملكية للمشترى وأصبح له عليها حق عينى •

علما بأنه اذا كان محل العقد منقول معين بالذات انتقلت الملكية (ونشأ الحق العينى) بمجرد العقد • كما اذا أشترى المشترى من البائع عشرين أردبا قمحا مفرزة •

المبحث الثـالث

الحقوق المختلطة (الحقوق الذهنية)

تعريف وخصـائص : ـ

هى حقوق ترد على نتاج الذهن والفكر كما هو الحال فى الانتـاج الفنى (اللحن ـ الرسم ـ التصوير ـ النحـت) والأدبى (التأليف) وكذلك براءات الاختـراع والرسـوم والنماذج الصنـاعية والعـلامات التجارية ٠ وفى مجموعها حتى تتمتع بالحماية المقررة للحقوق الذهنية لابد أن يتوافر لها عنصر الأبتكار الذى تبرز فيه شخصية صاحب الانتاج الذهنى ٠

هذه الحقوق لها **خصيصتان مشتركتان : ـ**

١ ـ جانب أدبى يتمثل فى أستئثار الشخص بنتاجه الذهنى أيا كان نوعه بحيث ينسب اليه دون غيره باعتباره أمتدادا لشخصيته (١) ٠ مما يعطيه وحده الحق فى نشره أو عدم نشره وطريقة النشر والحق فى تعديله أو الأضافة اليه أو سحبه من التداول بعد نشره مع مراعاة حقوق صاحب الاستغلال المالى ٠ وباعتبار أرتباطه الوثيق بشخصية الانسان فهو لا يقوم بالمال ولايقبل التصرف فيه ولا الحجز عليه (حق غير مالى فى هذا الجانب منه) ٠ ولا ينقضى الحق الأدبى بالوفاة وانما ينتقل للورثة الذى يتحدد دورهم فى أستعماله بما يكفل حفظ كرامة صاحب الانتاج الذهنى وسمعته كما أرتضاها هو لنفسه قبل وفاته ٠ كما تتقيد سلطة الورثة بما يتركه صاحب الانتاج الذهنى من وصية ٠

٢ ـ هذه الحقوق لها جانب مادى يتمثل فى حق الأستغلال المالى

---

(١) أنظر د٠ عبد الفتـاح عبد الباقى ٠ المرجـع السابق أنظر د٠ توفيق فرج وهذا يعنى حريته فى نشره حاملا أسمه أو بدون أسم مطلقا أو باسم مستعار ٠ وفى الحالتين الأخيرتين لصاحب الانتاج الذهنى أن يكشف عن نسبة الأنتاج الذهنى اليه فى أى وقت ، فهذا حق متصل بشخصيته لا يسقط بالتقادم ٠

لنتاج ذهنه · وهو على هذا الأساس يقبل التصـرف فيه (١) · ذلك قد يكون بصفة نهائية أو مؤقتة بمدة معينة كما قد يكون كاملا أو جزئيا · وينتقل من شخص لآخر كما يجوز الحجز عليه · كما ينتقل من صاحبه بعد موته الى ورثته (حق مالى) ويتميز الحق المـالى للحق الذهنى بأنه مؤقت بحيث لا يسـتفيد الورثة به الا لمـدة محدودة تختلف من دولة لأخرى (٢) بحيث يسقط الحق المالى بعد هذه المدة ويكون لأى شخص أن يفيد منه ماليا دون أن يلزم بأن يدفع مقابلا لذلك ·

ذلك ولقـد صدرت قوانين عدة تنظم الأنـواع المختلفة للحقـوق الذهنية : منها القانون ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانـات التجارية · والقانـون ١١ لسنة ١٩٤٠ الخـاص بالمقومات المعنوية للمحل التجارى · والقانون ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسـوم والنماذج الصنـاعية · ثم القانـون ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على الاتفاقيـات الدولية الخاصة بحمـاية الملكية الصنـاعية ·

الى جانب ذلك فلقد صدر القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف (٣) ·

---

(١) فيعهد المؤلف الى الناشر بنشر فكرته فى كتاب مقابل مبلغ معين · أو عن طريق ترجمته أو فى اظهاره فى ثوب فنى جديد ·

(٢) الأجل فى مصـر هو خمسون عاما تبدأ بحسـب الأصل من تاريخ وفاة المؤلف ·

(٣) ولقد أجاز القانون للمؤلف أن ينصرف فى حقه المالى بطريق الوصية بدون تقيد بالقدر الذى تجوز فيه الوصية (الثلث) ·

الباب الثانى

أركان الحق

تمهيد : ـ

يستخلص من تعريف الحق بأنه « أستئثار يحميه القانون » ، أن له أركان ثلاثة :

الاول صاحب الحق وهو الذى يستأثر بمزايا الحق · وهو ما ندرسه فى **فصل أول :** أشخاص الحق ·

الثانى : ـ محل الحق · وهو ما يرد عليه الاستئثار · وهو ما ندرسه فى **فصل ثانى :** محل الحق ·

الثالث : ـ الحماية القانونية للحق وهى تتمثل فى اقرار القانون للاستئثار ، مما يميز الحق عن الاغتصاب · ذلك يمثل موضوع **فصل ثالث :** حماية الحق ·

الفصـــل الاول

أشـــخاص الحــق

تمهيـــد : ـ

يستخدم تعبير شخص الحق للدلالة على صاحبه ، على أعتبـار أن صاحب الحق لابد أن يكون شخصا (١) ٠

وللشخص معنى اصطـلاحى (٢) فى نطـاق القانون يقصد به الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامـات ٠ هذه الصلاحية (وبالتالى هذه الشخصية) لا تثبت للانسان العاقل وحده باعتبار أن مناطها ليس وجود الارادة ٠

دليل ذلك ثبوت الحقوق لعديمى الارادة كالمجنون والصغير غير المميز ٠ كما أن الصلاحية لا تثبت للحيوان أو الجماد لأن مناطها ليس التمتع بالمصلحة ٠ لأن فى ذلك خلط بين صاحب الحق ومحله ٠

وانما تثبت هذه الصلاحية لكل كائن يقدر القـانون أن له من القيمة الاجتماعية ما يؤهله أو ما يلـزم معه أن يسمح له بأن يكـون صاحب حق ٠ هذه الصلاحية تثبت فى الجماعات الحديثة للانســان باعتباره انسانا بغض النظر عن ارادته وذلك باعتبار أن الانســان هو

---

(١) اذ لا يتصور أن ينسب الحق لغير الاشخاص ٠ فهو لا ينسب الى الحيوانات ويجب تفسير القواعـد التى تحرم صيد بعض الطيـــور والحيوانات على أنها تقرر حق للدولة فى صيانة ثروتها الحيوانية ٠ أنظر د٠ عبد الفتاح عبد الباقى ٠ المرجع السابق ص ٥٧ ـ ٥٨ ٠

(٢) من المعروف أن الشخص فى نظـــر الفلسفة والاخلاق وعلم النفس يطلق على الانســان وحده ٠ لأن الشخصية فى هذا النظـر انما عن حنقة كائن متميـــز له طبيعة روحية واعية عاقلـة ٠ د ٠ حسن كيرة المرجع السابق ص ٥١٤ ٠

محور النظام الاجتماعى والركيزة الأساسية للجماعة (١) • كما أن هذه القيمة الاجتماعية وبالتالى الصلاحية قدر القانون توافرها لكائنات جماعية متميزة بتنظيم معين من شأنه تحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الأفراد •

ذلك كان من شأنه أن تثبت الشخصية من ناحية للشخص الطبيعى (الانسان) ومن ناحية أخرى للشخص الاعتبارى • وبالتالى فان كلاهما يمكن أن يكون صاحب للحق •

المبحث الاول
الشخص الطبيعى

فى الجماعات الحديثة تثبت الشخصية القانونية لجميع الأشخاص الطبيعية ، أى لبنى الانسان جميعا • ذلك بالنظر للقيمة الاجتماعية للانسان نفسه باعتباره محور الجماعة وخليتها الأساسية وبغير تواجده فى داخل الجماعة لا معنى لتقرير حقوق وواجبات •

ذلك كان نهاية تطور للقيمة الاجتماعية التى يقدر على أساسها القانون المتمتع بصلاحية اكتساب الحق والتحمل بالالتزام • اذ فى فترة من الفترات كانت تنكر الشخصية على الارقاء وعلى الاجانب (٢) •
دراستنا للشخصية القانونية للشخص الطبيعى تقتضى معرفة :

---

(١) هذه الصلاحية الثابتة للانسان مرت بتطور طويل ، تبعا للتطور فى تقدير القيمة الاجتماعية اللازمة لاكتساب الشخصية •
(٢) سبب ذلك هو ارتباط القيمة الاجتماعية المتخذة أساسا لصلاحية اكتساب الحق والتحمل بالالتزام بقيمة الحرية • وقيمة الوطنية •

(١) مدة الشخصية (بدايتها ونهايتها) ٠

(٢) نطاق الشخصية ومباشرتها (أهلية الوجوب ٠ أهلية الأداء) ٠

(٣) مميزات الشخصية ٠

(٤) الذمة المالية باعتبار أرتباطها بنظرية الشخصية فى نطاق الحقوق المالية ٠

المطلب الاول

مدة الشخصية (بدايتها ونهايتها)

أولا بداية الشخصية : ـ

تنص م ٢٩ / ١ مدنى على أنه « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ٠

ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » ٠

ذلك النص يقرر أصل ، واستثناء ٠

(١) الاصل ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا : ـ

وعلى ذلك لابد لابتداء الشخصية من **توافر شرطين** : ـ

الاول تمام الولادة : ـ

ذلك يتحقق بخروج المولود كله وانفصاله عنأ مه انفصالا تاما ٠

يقصد بذلك أن تتحقق حياته عند تمام انفصاله عن أمه ٠ حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة ٠ ويتم التثبت من حياة المولود ولو للحظة

واحدة من العلامات الظاهرة (بكـاء ـ تنفس ٠٠٠٠) أو بالاستهداء برأى أهل الخبرة (١) ٠

اذا تحقق ذلـك ثبتت الشخصية للمولود وأكتسب الحقـوق وتحمل بالالتزامات ، ذلك حتى ولو توفى عقب ذلك مباشرة ٠

(٢) الاستثناء : ـ

خلافا للاصل أعترف المشـرع للجنين بالشخصية القانـونية ٠ الا انه حـدد نطاقهـا (أهلية الوجـوب) فيمـا ينفعه نفعـا محضـا سواء ما لا يتوقف منها على قبـوله (الارث ـ الوصية ـ الاشـتراط لصلحة الغير) أو ما يتوقف منهـا على قبوله (٢) ، وفى هذه الحـالة يصدر القبول من الوصى المعين للحمل ٠

الا أن هذه الشخصية المقررة للجنين تثبت له معلقة على شـرط تمام ولادته حيا ، بحيث اذا ولـد حيا أعتبر شـخصا وصاحبا لهـذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل ، واذا ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الشيء الموهوب الى الواهب وكذلك الشيء الموصى به أو النصيب من الارث ٠ اذ يرد كلاهما الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الاصلى أو يرد الى ورثة الموصى ٠

ثانيا نهاية الشخصية : ـ

تنتهى الشخصية بالموت (٣) ٠ والموت قد يكون حقيقيا كما قـد

---

(١) تثبت واقعة الميلاد عادة بشهادة رسمية مستخرجة من السجلات المعدة لذلك ٠ ومع ذلك فى حالة عدم وجود هذه الشهادة الرسمية ، جاز اثباتها بأى طريقة من طرق الاثبات (كشهادة الشهود) ٠

(٢) ذلك شان الهبة للجنين ٠ أنظر د٠ حسن كيرة ـ أنظر عكس ذلك د٠ توفيق فرج حيث يرى أن نطاق شخصية الجنين تتحدد بما ينفعه نفعا محضا دون توقف على قبوله ، باعتبار أنه أستثناء لا يتوسع فيه ٠

(٣) تثبت الوفاة بشهادة رسمية تستخرج من السجلات المعدة لذلك واثبات عكس ما جاء فيها يقتضى أستصدار حكم بتزويرها ٠ فاذا لم توجد هذه الشهادة أو حكم بعدم صحتها ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى ٠

يكون حكميا . وبانتهاء الشخصية تؤول تركة المتوفى الى ورثته محملة بديون الوارث كل بقدر نصيبه فى التركة . باعتبار أن الموت الفعلى معروف لدينا ، نخص بالدراسة الموت الحكمى .

الموت الحكمى (المفقـــود) : ـ

تعريفه : ـ

المفقود هو من غاب عن موطنه وأنقطعت أخباره بحيث لا تعرف حياته من مماته . وفى هذه الحالة يبيح القانون اعتباره ميتا بتوافر شروط معينة . وهو يختلف عن الغائب فى أن هذا الأخير وان غاب عن موطنه وقد لا يعرف محل اقامته الا أن حياته معلومة .

لهـذا فانه لا أثر لغيبته على شـخصيته القانونية ، كـل ما فى الأمر أنه يعين له وكيل لمباشرة مصالحه التى تتعطل بغيابه .

حالات أعتبار الشخص مفقودا : ـ

يميز المشرع بين حالتين : ـ

(١) حالة المفقود الذى يغلب عليه الهلاك . كما اذا فقد فى حرب أو فيضان . وفى هذه الحالة يحكم بفقده بعد أربع سنوات من تاريخ فقده أو بقرار من وزير الحربية اذا كان من العسكريين .

(٢) حالة المفقـود فى غير الظروف السابقة . كما اذا سافـر للسياحة أو لطلب العلم ثم أنقطعت أخباره ولم تعرف حياته من مماته . فى هذه الحالة يترك أمر تقدير المدة التى يحكم بعد انقضائها باعتباره مفقودا للقـاضى (١) . الذى يتحرى عن أمر المفقـود بجميع الطـرق الممكنة .

---

(١) من البديهى أن المدة لا يجوز أن تقل عن أربع سنوات .

حكم اعتبار الشخص مفقودا : -

الاصل فى الانسان الحى أستمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقى ، أو دليلا حكميا بالموت الاعتبارى . لذلك فالاصل هو اعتبار الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشئا لا كاشفا لموته الاعتبارى ، مما يوجب عده من الأحياء قبل صدور الحكم وعدم أحتسابه من الأموات الا من تاريخ صدوره .

المشرع المصرى أخذ بهذا الاصل بالنسبة لما **يضر المفقود** بحيث لا يصح لزوجته أن تتزوج غيره قبل الحكم باعتباره ميتا ، وانما تعتد عدة الوفاة بعد صدور الحكم .كذلك فانه بالنسبة لارث الغير منه ، فانه لا يحق لمن مات من ورثته قبل تاريخ الحكم باعتباره ميتا أن يرث منه (١) . وانما توزع تركته بعد صدور الحكم على من كان موجودا من ورثته وقت الحكم .

أما بالنسبة للحقوق التى تنفع المفقود وتضر غيره ، كأرثه من غيره أو الايصاء له الذى يتقرر له فى الفترة من فقده وقبل الحكم باعتباره ميتا . فان المشرع خرج عن الاصل السابق وعامل المفقود فى شأن هذه الحقوق كما لو كان ميتا من تاريخ الفقد ، لا من تاريخ الحكم بموته . فيقرر رد هذا النصيب - من أرث أو وصية - الى من يستحق من ورثة المورث أو الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى ليوزع فيما بينهم . تبرير ذلك أن حياة المفقود طيلة فترة الفقد مجرد حياة احتمالية بينما يشترط لاستحقاق الميراث أو الوصية تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى (٢) .

ظهور حياة المفقود : -

اذا ما حكم بموت المفقود ، ثم ظهر حيا بعد ذلك ما الحكم بالنسبة لزوجته وأمواله ؟

---

(١) لأنه كان حيا قبل الحكم باعتباره ميتا .
(٢) أنظر د. حسن كيرة . المرجع السابق ص ٥٣٣ - ٥٣٤ .

بالنسبة لزوجته : ـ

فانها اذا لم تكن قد تزوجت بغيره أو تزوجت بغيره ولم يدخل بها فانها تكون للزوج الاول • بينما اذا دخل بها فانه يميز بين حسن وسوء نية الزوج الثانى • فاذا كان الزوج الثانى سىء النية (١) أو لم تكن عدة الوفاة قد أحترمت كانت الزوجة للزوج الاول •

بالنسبة للأموال : ـ

الاصل أن له أسترداد أمواله التى وزعت على ورثته • وأسترداد النصيب الذى كان مستحقا له من أرث أو وصية والذى أرثه بعد الحكم بموته الى ورثة المورث أو الموصى • لكن خروجا على هذا الاصل قرر المشرع أن المفقود بعد ظهوره حيا يسترد ما بقى من هذه الأموال فى أيدى ورثته أو فى أيدى ورثة المورث أو الموصى • ولا يستطيع أن يطالب بما أستهلك من هذه الأموال فى الفترة السابقة على ظهوره •

المطلب الثانى

نطاق الشخصية ومباشرتها (أهلية الوجوب ـ أهلية الاداء)

الفرع الاول

نطاق الشخصية ـ أهلية الوجوب

رأينا أن الشخصية عبارة عن مبدأ الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام دون تحديد أو تعديل • وبالتالى فانه يكفى لتوافرها وجود الصلاحية أصلا ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والالتزامات دون بعض (٢) • على ذلك فانها تتراوح بين الوجود وعدم الوجود لكنها لا توجد ناقصة •

الا أن نطاق الشخصية يختلف باختلاف مدى ما يتمتع به

---

(١) أى كان عالما بحياة المفقود •

(٢) أنظر فيما سبق ـ التمهيد لاشخاص الحق ـ للقيمة الاجتماعية المتطلبة للاعتراف بالشخصية والتطور الذى مرت به •

الشخص من حق وما يتحمل به من التزام ٠ الذى يحدد هذا النطاق هو أهلية الوجوب ٠

لذلك تعرف أهلية الوجوب بأنها مدى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق ٠ والالتزامات ٠

وبالتالى فان أهلية الوجوب تختلف ضيقا واتساعا بحسب القيمة الاجتماعية التى يعتبرها القانون أساسا لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام ٠ ذلك يرتبط بدوره بنسبية القيمة الاجتماعية وما يطرأ عليها من تطور (١) ٠

من أهم القيم الاجتماعية التى تؤثر فى أهلية الوجوب ضيقا واتساعا تأتى : ـ

الحالة السياسية حيث يتسع نطاق الحقوق والالتزامات بالنسبة للمواطن عنها بالنسبة للأجنبى (٢) ٠

الحالة الاجتماعية : ـ حيث يختلف نطاق الحقوق والالتزامات باختلاف مركز الشخص فى الأسرة ٠ فبوصفه أبا تجب عليه النفقة لأولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية ، وبوصفه أبنا ، عليه واجب الخضوع للسلطة الأبوية وله على الأب حق التربية والنفقة ٠

الحالة الدينية : ـ تؤثر فى مجتمعنا فى نطاق أهلية الوجوب فى الحدود المعتبر فيها الدين مصدر أصلى خاص لمسائل الأحوال الشخصية ٠ باعتبار أختلاف الحقوق التى يمنحها الدين الاسلامى عن تلك التى يمنحها الدين غير الاسلامى ٠ **مثال ذلك** حق الزوج المسلم فى

---

(١) فالمركز العنصرى للأفراد بانتمائهم الى جنس من الأجناس كان من شأنه أن يؤثر فى بعض الجماعات وفى وقت من الاوقات على نطاق الحقوق المعترف بها للأشخاص ٠

(٢) ليس له حق تولى الوظائف العامة ٠ ليس عليه أداء الخدمة العسكرية ٠

الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلم على الزواج من واحدة ٠

الفرع الثـــانى

مباشرة الشخصية (أهلية الأداء)

اذا كانت الشخصية ثابتة لكل انسان بحيث يكون صالحا لأن يكتسب حقا وأن يتحمل بالتزام ٠ فان مباشـرة الشخصية تقتضى القيام بالتصرفات القانونية اللازمة لتوليد هذه الحقوق ومباشرتها ٠ بالتالى فان مباشرة الشخصية تتوقف على قدرة القيام بهذه التصرفات القانونية من جانب الشخص لحساب نفسه ٠

وباعتبار ان التصرفـات القانـونية ما هى الا تعبـير عن الارادة لترتيب أثر قانونى ٠ فان مباشرة الشخصية يتوقف بدوره على وجود الارادة الواعية المميزة القادرة عى ابرام التصرفات القانونية ٠

لذلك فان أهلية الأداء ــ المبينة لمدى قدرة الشخص على مباشرة شخصيته ــ تعرف بأنها صلاحية الشخص للتعبير بنفسه ولحسابه عن ارادة منتجة للآثار القانونية ٠ وباعتبار أن الارادة الواعية بما يرتبه التصرف القانونى من آثار تتطلب التمييز والادراك (١) ٠ فان أهلية الأداء تختلف من شخص لآخر باختلافهم فى درجة التمييز والادراك سواء بسبب السن أو لما يعـرض لبعضهم م نعوارض من شـأنها أن تعدم الاهلية أو تنقصها أو لما يطرأ من موانع تمنع مباشرة الاهلية لدى بعضهم ٠

ذلك يدعونا لدراسة : أحكام الاهلية فى تدرجها من حيث السن ولما يعرض لها من عوارض ولما يطرأ عليها من موانع ٠

---

(١) علما بأن الدرجة المتطلبة من التمييز والادراك تختلف باختلاف نوع التصرف القانونى وخطورته (نافع نفع محض ــ ضار ضرر محض ــ دائر بين النفع والضرر) ٠

ثم نتولى بالدراسة : أحكام الولاية على المال باعتبارها السلطة الثابتة لشخص على نفس أو مال شخص آخر لعارض أو لمانع من عوارض أو موانع الاهلية ٠

أولا

أحكام أهلية الأداء

تمهيـــد : ـ

ـ درجة الاهلية المتوافرة وأثرها على مباشرة التصرفات القانونية : ـ

تتدرج التصرفات بحسب خطورتها وبحسب درجة التمييز المتطلبة لماشرتها الى ثلاثة أنواع : ـ

تصرفات نافعة نفعا محضا وهى تلك التى ترتب اغتناء دون مقابل يعطيه الطرف الآخر كقبول الهبة ٠

تصرفات ضارة ضررا محضا وهى تلك التى تسبب أفتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه كالوصية وكالايهاب ٠

تصرفات دائرة بين النفع والضرر وهذه باعتبارها تقوم على التقابل بين الاخذ والعطاء فانها تحتمل الكسب والخسارة ٠ **مثال ذلك** أعمال التصرف التى ترمى الى تقرير حق عينى كالبيع وكأعمال الادارة وهى تلك التى يقصد بها استغلال الشىء كالايجار والتصرف فى غلته أو ريعه ٠

القدرة على مباشرة هذه التصرفات تختلف بحسب درجة الاهلية المتوافرة ٠ والآمر لا يخلو من فروض ثلاثة : ـ

ـ **كمال الاهلية : ـ** باكتمال التمييز فيكون لصاحبها القدرة على مباشرة جميع أنواع التصرفات القانونية ٠

- انعدام الاهلية : - بانعدام التمييز فيمتنع عليه مباشرة أى تصرف . بحيث اذا باشر أى منها كان باطلا بطلانا مطلقا ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة التمسك بالبطلان (١) . ويجب على المحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . كما أن هذه التصرفات لا تصححها أية اجازة لاحقة .

- نقصان الاهلية : - وذلك لنقص التمييز . وفى هذه الحالة يجوز له مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا . ويمتنع عليه مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا (٢) . أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فان مباشرتها تتوقف على اذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمة بحسب الأحوال (٣) .

١ - تدرج الاهلية بحسب السن

باعتبار أن مناط أهلية الاداء هو كمال التمييز وأن التمييز يتدرج بتدرج السن ، فان أهلية الأداء تتدرج بتدرج السن . ذلك ولقد ميز المشرع بين **مراحل ثلاث : -**

أ - انعدام الاهلية : (الصبى غير المميز)

كل من لم يبلغ سن السابعة يعتبر غير مميز وبالتالى تنعدم أهليته لمباشرة جميع التصرفات (٤) .

---

(١) غير المميز بعد اكتمال أهليته - الولى أو الوصى أو المتعاقد معه .

(٢) بحيث يكون حكم مباشرته لها هو حكم عديم الاهلية .

(٣) مقتضى ذلك أنه اذا باشرها ناقص الاهلية دون اذن ، كانت قابلة للابطال لمصلحته . وتصححها الاجازة الصادرة ممن يملكها (المحكمة - من ناقص الاهلية بعد زوال سبب نقصان الاهلية - من الولى أو الوصى) .

(٤) أنظر فيما سبق أثر الاهية على مباشرة التصرفات القانونية .

ب ـ نقص : الاهلية (الصبى المميز)

فيما بين السابعة (بداية التمييز) والحادية والعشرين (أكتمال التمييز) تكون أهلية الاداء ناقصة وذلك لنقصان تمييزه (١) ٠

ويراعى أنه لا يغير من حكم نقص أهلية الصبى المميز ألتجائه الى طرق أحتيالية لاخفاء نقص أهليته على المتعاقد الآخر ، الا أن ذلك لا يمنع التزامه بتعويض الطرف الآخر عن الاضرار التى تصيبه من جراء اخفاء نقص الاهلية (م ١١٩ مدنى) ٠

ـ الخروج عن القاعدة العامة : ـ

خروجا عن هذه القاعدة العامة ، أعتبر المشرع الصبى المميز ذو أهلية أداء كاملة بالنسبة لأنواع معينة من التصرفات هذه هى : ـ

١ ـ القاصر المأذون له فى الادارة : ـ

يكون للصبى المميز البالغ ١٨ سنة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الادارة (٢) وحدها دون أعمال التصرف ٠ بشرط أن يؤذن له فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لهذا الغرض ممن يملك منح هذا الاذن (من الولى باشهاد أمام موثق أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى) ٠ ويفرض قانون الولاية على المال قيود معينة (٣) على أهلية أداء القاصر المأذون له فى شأن أعمال الادارة كما يخضعه لرقابة المحكمة التى لها أن تحد من الاذن أو تسحبه ٠

---

(١) أنظر ما سبق أثر الاهلية على مباشرة التصرفات القانونية ٠
(٢) هى الاعمال المتعلقة بأستغلال المال كالتأجير ٠
(٣) فلا يجوز مثلا أن يزيد ايجار المبانى على سنة (م ٥١ ـ م ٥٨ ـ م ٥٩) ٠

٢ ـ حالة الاذن للقاصر بالاتجار : ـ

ذلك فى حالة صدور اذن من المحكمة للقاصر البالغ ١٨ سنة · وفى حدود هذا الاذن ·

٣ ـ حالة الاذن فى زواج القاصر : ـ

فى حالة اذن المحكمة بزواج القاصر ، فان ذلك يعد اذنا له بالتصرف فى المهر والنفقة (١) · مع أحترام القيود التى تفرضها المحكمة ·

٤ ـ الاموال المخصصة لأغراض النفقة : ـ

له أهلية التصرف فيما يسلم له من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه فى حدود هذا المال فقط ·

٥ ـ حالة ابرام عقد عمل : ـ

للقاصر فى الحدود التى يسمح بها قانون العمل (٢) أن يبرم عقد عمل باعتباره عاملا (٣) · بيد أن للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن انهاء العقد بالنسبة للمستقبل رعاية لمصلحة القاصر أو لمصلحة أخرى ظاهرة ·

٦ ـ ما يكسبه القاصر من عمله : ـ

للقاصر الذى بلغ ١٦ سنة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله · ومع ذلك فللمحكمة أن تقيد حق القاصر فى ذلك اذا ما أقتضت ذلك المصلحة ·

---

(١) ما لم تمنعه المحكمة من التصرف ·

(٢) الحد الادنى لتشغيل الاحداث هو ١٢ سنة · ويعتبر حدثا فى مفهوم قانون العمل كل من يتراوح سنه بين ١٢ سنة الى ١٧ سنة ·

(٣) لا بوصفه رب عمل لأن ذلك يقتضى أن تكون له سلطة ادارة أمواله كلها أو بعضها ، وهذا لا يكون الا ببلوغه سن ١٨ سنة ·

٧ ـ حالة الاذن بالوصية : ـ

للمحكمة أن تأذن القاصر البالغ ١٨ سنة أن يصى ٠ فاذا أوصى بغير اذن المحكمة فانهـا تأخذ حكم ما يجـريه القاصر من التصرفـات الدائرة بين النفع والضرر بغير اذن وليه أو وصيه (١) ٠

ج) كمال الاهلية : ـ (بلوغ سن الرشد) ٠

اذا بلـغ الشخص ٢١ سنة متمتعا بقـواه العقلية غير محجورا عليه عد كامل الاهلية بالنسبة لجميع التصرفات ٠ بالتالى تنتهى عليه الولاية والوصاية بقوة القانون ٠

هذا ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه بسبب اصابته بعارض من عوارض الاهلية ٠ وفى هذه الحالة تسـتمر الولاية أو الوصاية الى حين رفعهما بقـرار من القضاء لزوال عارض الاهلية ٠

لكن اذا ما بلغ هذه السن غير متمتع بقواه العقلية ، ولم يحكـم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، فانه ينبغى أن تتخـذ اجراءات الحجر وتعيين قيم عليه ٠

٢ ـ عوارض الاهلية

قد يبلغ الشخص ٢١ سنة ثم يطرأ عليه عارض يؤثر فى تمييزه سواء باعدامه أو بانقاصه ٠ تبعا لذلك تنعدم أهليته أو ينتقص منها ٠ يميز القانون المصرى بين نوعين من العوارض :

---

(١) أى تعتبر قابلة للابطال وتتأكد صحتها باجازة المحكمة لها أو القاصر بعد بلوغه سن الرشـد ٠

أ ـ عوارض معدمة للأهلية : ـ

الجنـــون والعته : ـ

أعتبر المشرع المجنون والمعتوه فى حكم الصبى غير المميز (١) ٠ ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للاجراءات المبينة بالقانون ٠ كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة بزوال الجنون والعته ٠

ـ بالنسبة لتصـرفات المجنون والمعتـوه ٠ فقد ميز المشـرع المصرى بين مرحلتين : ـ

الاولى فى الفترة السابقة على تسجيل طلب الحجر ٠ فالاصل أن جميع تصرفاته صحيحة اشاعة لاستقرار التعامل ٠ ذلك ما لم تكـن حالة الجنـون والعته معلومة من الطـرف الأخر أو شـــائعة وقـت التعـــــاقد (٢) ٠

الثانية : فى الفترة اللاحقة على تسجيل طلب الحجر (٣) ٠ يعامل المجنون والمعتوه معاملة الصبى غير المميز الى أن يرفع عنهما الحجر ٠

ب ـ عوارض منقصة للأهلية : ـ

السفه والغفلة : ـ

يعتبر صاحبهما فى حكم الصبى المميز ٠ ويحجر على كل من السفيه وذى الغفلة (٤) بقرار من المحكمة ٠ ويرفع عنهما بقرار منها ٠

---

(١) يعـرف الجنون بأنه مرض يصيب العقل فيفقده ويعـدم التمييز ٠ ويعرف العتـه بأنه خلل يعترى العقل يجعل صـاحبه مختلط الكلام قليل الفهم ٠

(٢) ذلك أن اعتبار تصرفاتهم فى هذه الفترة باطلة لانعـدام الارادة ، فيه اضرار بالغير حسن النية ٠ على عكس حالة علم الطـــرف الآخر أو شيوع الجنون والعته (امكانية علم الطرف الآخر) ٠

(٣) ذلك أن فى تسجيل طلب الحجر اعلام كافى يعارض الاهلية ٠

(٤) السفه : هو تبذير المال على غير مقتضى العقل ٠

الغفلة : هو سهولة التردى فى الغبن فلا يحسن التمييز بين الرابح والخاسر من الصنفقات ٠

بخصوص حكم تصرفاتهم : فانه في الفترة السابقة على تسجيل طلب الحجر · تعتبر جميع تصرفاتهما صحيحة حتى ولو كانت حالة السفه والغفلة شائعة أو معلومة من الطرف الآخر · ذلك ما لم يكن التصرف نتيجة استغلال من الطرف الآخر أو تواطؤ بينهما (١) ، وفي هذه الحالة يأخذ التصرف حكم التصرفات المبرمة بعد تسجيل طلب الحجر ·

- في الفترة اللاحقة على تسجيل طلب الحجر فان تصرفاتهما تأخذ حكم تصرفات الصبي المميز على التفصيل السابق ·

ومع ذلك فقد خرج المشرع عن هذه القاعدة في حالتين : -

- أجاز المشرع للسفيه ولذي الغفلة الايصاء بشرط الحصول على اذن من المحكمة (٢) · فاذا أصدرا وصية بغير اذن المحكمة كانت قابلة للابطال ·

- كما أجاز أن يأذن لهما من جانب المحكمة بمباشرة أعمال الادارة في كل أو بعض أموالهم · ذلك على التفصيل المبين بخصوص القاصر المأذون في الادارة ·

٣ - موانع الاهلية

بخصوصها يبلغ الشخص ٢١ سنة متمتعا بقواه العقلية - كامل التمييز - غير محجور عليه وبالتالي يعتبر كامل الاهلية ، ومع ذلك

---

(١) صورة الاستغلال · أن يكون المتعاقد الاخر سيء النية بحيث يقصد من التعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة استغلال ضعفهما وتحقيق أختلال في التوازن بين الالتزامات لمصلحته ·

صورة التواطؤ : هو أن يبرم التصرف بين السفيه أو ذي الغفلة والمتعاقد الاخر بغرض الافلات من آثار الحجر ·

(٢) أجاز القانون كذلك أن يأذن له بتقرير وقف · ذلك لم يعد متأنيا اليوم ، لان الاصل في اباحته له . وقفه على نفسه في حياته أولا ، وقد ألغى نظام الوقف على غير الخيرات ·

أنظر د· حسن كيرة ص ٥٨٩ ·

تطرأ ظروف مادية (غيبة) أو قانونية (الحكم بعقوبة جناية) أو طبيعية (عاهة مزدوجة) تعوقه عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو تعوقه عن مباشرتها منفردا · فى هذه الحالات يعين القانون لمثل هذا الشخص نائبا يباشر عنه التصرفات أو يعينه على مباشرتها دون أن ينتقص ذلك من أهليته ·

أ - المانع المادى (الغيبة) : -

حتى تعتبر الغيبة من قبيل المانع المادى لمباشرة أهلية الأداء لابد من ناحية أن تستطيل لمدة سنة على الاقل كما لابد من ناحية أخرى أن يترتب عليها تعطيل مصالح الغائب بحيث يستحيل عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو يشرف على من ينيبه فى ادارتها · فى هذه الحالة تعين له المحكمة وكيلا ليباشر عنه التصرفات القانونية أو يثبت الوكيل الذى عينه الغائب اذا توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ·

هذه الغيبة كمانع من مباشرة الاهلية تنتهى بزوال سببها (١) أو موت الغائب أو الحكم باعتباره ميتا ·

ب - مانع قانونى (الحكم بعقوبة جناية) : -

تنص م ٢٥ / رابعا - عقوبات على أن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما (٢) حرمان المحكوم عليه مدة أعتقاله (٣) من مباشرة أعمال الادارة الخاصة بأمواله وأملاكه · ويكون له تعيين قيم تقره المحكمة ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى ذلك · فضلا عن ذلك يمتنع على المحكوم عليه مباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من

---

(١) بعودة الغائب أو تمكنه برغم غيابه من تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه ·

(٢) اجبارى للمحكمة : اذ يمثل عقوبة تبعية لعقوة الجناية ·

(٣) يرتفع هذا المانع بالافراج ولو شرطيا عن المحكوم عليه ·

المحكمة ، وكل تصرف يباشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ٠

ج) مانع طبيعى (عاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد) : ــ

ــ حالاتهـا : ــ

أعتبر المشرع الحالتين الآتيتين بمثابة مانع طبيعى لمباشرة أهلية الاداء ٠

ــ الاولى حالة اجتماع عاهة مزدوجة (١) يكون من شأنها تعذر التعبير عن الارادة على الوجه الدقيق ٠ بحيث لا يكفى اجتماع العاهة المزدوجة لتقرير المساعدة القضائية اذا كان يمكن لصاحب العاهة بفضل تعليم خاص تلقاه أن يعبر عن ارادته بطريقة مفهومة ٠

ــ الثانية : ــ الاصابة بعجز جسمانى شديد (٢) يكون من شأنه أن يخشى على صاحبه الانفراد بمباشرة التصرفات القانونية ٠

أثر تقرير المساعدة : ــ

اذا توافرت احدى هاتين الحالتين **جاز** للمحكمة أن تعين لصاحب المانع الطبيعى مساعد قضائى (٣) ٠

ويترتب على تقرير المساعدة ضرورة **أشتراك** المساعد مع من تقررت له المساعدة فى مباشرة التصرفات القانونية التى تقتضى

---

(١) أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ٠

(٢) عدم التحديد الدقيق للمقصود بالعجز الجسمانى الشديد من شأنه أن يترك سلطة تقديرية للقضاء بحسب ما يراه فى الواقع (قد يعتبر من قبيل ذلك الشلل النصفى ــ الضعف الشديد فى السمع مع عيوب شديدة فى القدرة على الكلام ــ الشيخوخة المتقدمة) ٠

(٣) الامر تقديرى وليس وجوبى على المحكمة ويسجل القرار الصادر بها ٠

مصلحته أن يعاونه بشأنها (١) . فأذا أنفرد المساعد بمباشرة التصرف كان غير نافذ في مواجهة من تقررت المساعدة لمصلحته . واذا أنفرد من تقررت المساعدة لمصلحته في مباشرة احدى التصرفات التي تقررت فيها المساعدة ، كان التصرف قابلا للابطال (٢) .

في حالة أمتناع المساعد من الاشتراك في ابرام التصرف القانوني ، للمحكمة أن تأمر بتعيين مساعد أخر للمشاركة في ابرام التصرف أو تأذن للمحكوم بمساعدته بالانفراد في ابرامه . كما للمحكمة أن تأذن بانفراد المساعد في ابرام التصرف الذي يمتنع من تقررت مساعدته عن المشاركة في ابرامه .

يرتفع هذا المانع بقرار من المحكمة بانهاء المساعدة القضائية لانتهاء سببها .

ثانيا

أحكام الولاية على المال

الولاية هي سلطة لشخص معين في مباشرة التصرفات باسم ولحساب شخص أخر . هذه الولاية قد تكون على النفس أو على المال . فاذا كانت على النفس فهي تتعلق بالأمور المتعلقة بشخص المولى عليه ، كولاية التعليم والحضانة والتزويج . نظرا لارتباط الولاية على النفس بدراسة الأحوال الشخصية ، فاننا نقصر اشارتنا على أحكام الولاية على المال .

---

(١) ذلك وقد وضعت م ٣٩ من قانون الولاية على المال قرينة قانونية على أن مصلحة من تقررت مساعدته تقتضي معاونته في مجموعة من التصرفات أشارت اليها . الا أن ذلك لا يمنع من أن ترى المحكمة ضرورة معاونته في مباشرة تصرفات أخرى وفقا لما تراه من مصلحة من تقررت المساعدة لمصلحته .

(٢) ذلك بالنسبة للتصرف المبرم بعد تسجيل قرار المساعدة بينما قبله التصرف يعتبر صحيحا .

الولاية على المال ، أى الولاية فى الأمور المتعلقة بمال المولى عليه تثبت بالنسبة لعديم الاهلية أو ناقصها أو من يقوم به مانع من موانع الاهلية • ولكل حالة من هذه الحالات نوع من الولاية • فبالنسبة للقاصر يتولى مباشرة التصرفات القانونية الخاصة به اما الولى (١) واما الوصى (٢) •

وبالنسبة للمحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة يعين له قيم • وبالنسبة لمن يقوم به مانع من موانع الاهلية ، يختلف الأمر بحسب المانع ، اذ يعين وكيل عن الغائب ، ومساعد قضائى لذى العاهة أو من به عجز جسمانى شديد • كما يعين قيم بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة جناية •

---

(١) تثبت الولاية بقوة القانون على القاصر للأب ثم للجد الصحيح ما لم يختار الأب وصيا • وطبيعى أنه يشترط فى الولى أهليته بالنسبة لما يباشره من تصرفات لحساب القاصر • وللولى سواء كان هو الأب أو الجد سلطة التصرف والادارة فى مال القاصر مع ضرورة أحترام القيود المبينة فى القانون • علما بأن سلطات الأب أوسع من سلطات الجد • بحيث اذا أتفقا فى امكانية القيام بالتصرفات النافعة نفعا محضا وعدم قدرة مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا • وبالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر يمكن لكلاهما مباشرة أعمال الادارة • فانه بخصوص أعمال التصرف تتسع سلطة الأب عن سلطة الجد • اذ بينما الاصل هو ضرورة استئذان المحكمة فيما يأتيه الجد من أعمال التصرف • فالاصل هو حرية الأب فى ذلك فيما عدا ما نص عليه المشرع صراحة فى ضرورة استئذان المحكمة بخصوصه • كذلك فان مسئولية الأب أضيق من مسئولية الجد • اذ بينما الاول لا يسأل الا عن خطئه الجسيم فالثانى يسأل مسئولية الموصى (الالتزام ببذل عناية الرجل العادى) •

(٢) تثبت الوصاية بالاختيار سواء من قبل الأب أو من قبل المحكمة • ويشترط أن يكون ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرفات التى يعين نائبا فى مباشرتها • ولقد حدد القانون سلطات الوصى فى نطاق أضيق من سلطات الولى • فهو ان تساوى مع الولى فى القدرة على مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا أو عدم القدرة على مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا • فان الاصل أنه لا يملك مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (أعمال ادارة - أعمال تصرف) الا باذن المحكمة اللهم ما أستثنى بنص خاص (ايجار عقار القاصر لمدة لا تجاوز ٣ سنوات •••) •

ولقد نص القانون على أنه يسرى على الوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء . كما أنه يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى . والقوامة تكون للابن البالغ ثم للجد (١) ثم لمن تختاره المحكمة .

فى جميع حالات الولاية على المال اذا ما أحترم الولى **حدود سلطاته** المبنية فى القانون ، فانه يعتبر نائبا عمن ولى عليه وتنصرف آثار ما يقوم به من تصرفات الى من ولى عليه .

أما التصرفات التى يقوم بها متجاوزا ما يخوله له القانون من سلطات فانها تعتبر غير نافذة فى حق المولى عليه . بمعنى أن هذه التصرفات لا يكون لها أثر أو نفاذ فى ذمة المولى عليه ، لكن يمكن أن يتحقق أثرها فى ذمة المولى عليه باقرار التصرف ممن يملك ذلك (٢) . وفى نفس الوقت يمكن أن يتأيد نهائيا انعدام أثر التصرف فى ذمة المولى عليه بتخلف هذا الاقرار .

---

(١) مع مراعاة إمكانية التجاوز عن بعض الشروط المستلزمة لتعيين الموصى اذا كان القيم ابنا أو جدا .
(٢) قد يكون القاصر بعد اكتمال أهليته أو من المحكمة نفسها .

المطلب الثـالث

مميزات الشخصية

يتميز الأشخاص فيمـا بينهم باختلاف نطاق ما يتمتعـون به من حقوق وما يتحملون به من التزامات بحسب حالتهم السياسية والعائلية والدينية على ما بينا بخصوص أهلية الوجوب ٠

يتميز الاشخاص أيضـا فيما بينهم من حيث الاسـم ومن حيث الموطـن ٠

الفرع الأول

الاســم

اهمينه وتعريفة :

منعا لاختلاط الاشخاص بعضهم ببعض ، أوجب القانون على الجميع أن يطلقوا على أنفسهم أسما ولقبا ٠

والاسم الشخصى : ــ هو ما يتسمى به الشخص نفسه ٠

اللقب :

فهو أسم الاسرة التى ينتمى اليها الشخص ٠

ولقـب الشخص يلحـق بأولاده ٠ بينمـا لقب الزوج لا يلحـق بالزوجة ، خلافا لما هو متبع فى البلاد الغربية حيث يكون للزوجة الحق فى أن تستعمل لقب زوجها ٠

الطبيعة القانونية للأسم : ــ

والتسمى يعد واجبا تفرضه الدولة باعتبـار حرصها على تدعيم أركان الأمن المدنى وحرصا على أستقرار المعاملات فى المجتمع ٠ يظهر ذلـك الواجب من حيث ضرورة التسميـة ومن حيث عدم اطلاق حريـة الأفـراد فى تغيير أسـمائهم الا بحكـم قضـائى يصدر من المحكمـة الجزئية الواقع فى دائرتها مكتب السـجل المدنى المقيـد فيه الاسم ٠ ذلك حتى تراقب المحكمة دواعى التغيير ــ الرغبة فى رفع العنت والحرج

أو فى أن يصاحب الاسم التغيير فى الديانة ـ وسلامة الغرض منه وعدم اضراره بالغير (١) ٠

الى جانب ذلك فان للشخص حقا على أسمه باعتبار المصلحة الجوهرية لكل شخص فى أن يميز شخصيته عن غيره ٠ من مظاهر ذلك ، حق الشخص فى دفع الاعتداء على أسمه ورد كل منازعة فيه أو انتحال له ٠ كما يبدو فى حق الشخص فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الواقع من الاعتداء ٠

وحق شخص على اسمه يعد حقا لصيقا بالشخصية مجردا من القيمة المالية ، مما يترتب عليه عدم امكانية التصرف فيه (٢) أو التنازل عنه بالاضافة الى عدم خضوعه للتقادم المكسب أو المسقط (٣) ٠

صور أخرى للاسم : ـ

بجانب اسم الشخص المسجل فى مصلحة الأحوال المدنية قد يطلق على الشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ٠

فاسم الشهرة هو ما يخلعه الجمهور من اسم على الشخص بحيث يستوعب كامل نشاطه ويعرف به ٠

والاسم المستعار هو ما يختاره الشخص لنفسه ليتميز به فى مجال معين من مجالات نشاطه كالنشاط الادبى أو الفنى ٠ ولاشك أن حرية الشخص فى أختيار اسم مستعار له تتقيد بما فيه حماية الغير

---

(١) بينما تصحيح الخطأ المادى فى الاسم يكون من اختصاص مصلحة الاحوال المدنية ٠

(٢) لكن أمتناع التصرف فى الاسم مرتبط باعتباره مميز الشخصية ٠ فاذا أستعمل الاسم فى غير هذا الغرض فليس ثمة ما يمنع التصرف فيه أو النزول عنه أو الترخيص للغير باستعماله ٠ مثال ذلك أن يسمح شخص لآخر باستعمال أسمه كاسم مستعار أدبى أو فنى ٠

(٣) اذ لا يكتسب الغير عليه حقا بمضى المدة كما أنه لا يفقد بعدم الاستعمال المدة الطويلة ٠

ومنع الغش (١) ٠

ـ ويتمتع أسم الشهرة والاسم المستعار بذات الحمـاية التى يتمتع بها الاسم الشخصى ٠ وذلك بدفع الاعتـداء عنه ـ منع المنازعة فيه أو أنتحاله ٠ وكذلك المطالبة بالتعويض عن الاعتداء عليه ٠

الاسم باعتباره مميزا للشخصية يختلف عن ما يعرف **بالاسـم التجـارى** ، وهو ذلك الاسم الذى يطلـق لتمييز محـل أو منشأة تجارية (٢) ٠ وهو بالتالى يعد عنصر من عناصر المحل التجارى ويدخل فى تقويمـه وبالتالى تكون له قيمـة مالية ويصح التصـرف فيه (٣) والتنازل عنه كما يصح أن يرد عليه التقادم ٠

وعلى أى حـال ، فان الاسـم التجـارى يتمتع هذا الاخـر بحماية القانون اذ من حق صاحبه دفـع كل أعتداء عليه والمطالبة بالتعـويض عن الأضرار التى تصيبه من جراء الاعتداء ٠

---

(١) بحيث تتقيد حرية أختيار الاسم المستعار فى الا يترتب عليه خلط بين شـخصين أو أسـتخدامه بسوء نية ، كمـا لو كان صاحـب الاسم الاصلى ـ المستعار أسمه ـ يمارس نفس النشاط الذى أطلـق الاسم المستعار بمناسبته ٠

(٢) قد يكون هذا الاسم هو أسم صاحب المحل أو أسم آخر ٠

(٣) وذلك بالتصرف فى المحل التجارى باعتباره عنصرا مـن عناصره ٠ ويفسر عدم جواز التصرف فيه مستقلا عن المحل التجارى بضرورة حماية الجمهور من اللبس والغش ٠ وطبيعى أنه فى حالة كون أسم المحـل التجارى هو أسم صاحبـه وتم التصرف فيه ، فان التصرف يرد فقط على السماح باستعمال الاسم كاسم تجارى ولا يمتد الى الاسم المدنى المميز للشخصية ٠

الفـرع الثانى
الموطـن

أهميته : ـ

أهمية الموطن تبدو فى أنه المقـر المعتبر قانونا للشخص فيمـا يتعلق بعلاقاته ومعامـلاته مع غيره • فالوفاء بالالتزامـات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين (م ٣٤٧ مدنى) • كذلك يعتد بالموطن فى تحديد الاختصاص بنظـــر الدعاوى الشخصية (المتعلقة بحقوق شخصية أو بحقـوق عينية على منقول) ، حيث ينعقد الاختصاص بنظرها الى المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه • كذلك فان الاوراق القضائية (كصحيفة الدعوى والتنبيه والانذار) تعلـن الى الشخص بتسليمها اليه شـخصيا أو تعلن اليه فى موطنه (عن طريق الاشخاص المحددين فى القانون) ، فان أعلن فى مكان آخر ، وقع الاعلان باطلا •

تعريف الموطـن : ـ

تبنى المشرع المصرى الاتجاه الواقعى فى تعريف الموطن : م ٤٠ « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » •

يستخلص من ذلـك أنه لكى يعتبر مكـانا ما موطنـا بالنسبة لشخص معين ، لابد من أن يتوافر فيه شرطين : ـ

١ ـ الاقامة الفعلية

فالامر يتعلق باقامة حقيقية فى مكان معين وليس مجرد أفتراض اقامة (١) • كما أنه لا يرتبط بمكان تركز المصالح اذا لم يصاحبهـــا اقامة فعلية فى ذات المكان •

---

(١) أنظر التصوير الحكمى للموطن الذى يفصل بين المـوطن والاقامة الفعلية ويقيم فى تحديد الموطن صلة صنـاعية بين الشخص ومكان معين ـ قد يكون محل الميلاد أو المركز الرئيسى للعمل ـ ولو لم يعد يقيم فيه فعلا •

٢ ـ اقامة مستقرة

وهذه تتطلب قدر من الاستمرار فى الاقامة فى مكان معين بحيث يستفاد منها اعتياد الاقامة فى ذلك المكان (١) ، حتى ولو تخلل هذه الاقامة فترات غيبة متباعدة أو متقاربة عن هذا المكان • وبالتالى فان الذهاب الى المصيف لمدة شهر أو أثنين لا ينفى عن مكان الاقامة المستقر وصف الموطن ، وفى نفس الوقت لا يضفى على مكان الاصطياف وصف الموطن لعدم تحقق عنصر الاستقرار بشأنه • وفى هذا ما يميز الموطن عن محل الوجود حيث لا تكون الاقامة الا عارضة ومؤقتة (٢) •

يترتب على ذلك التصوير الواقعى للموطن النتائج الآتية : ـ

ـ **امكان وجود شخص بلا موطن : ـ** وذلك اذا تخلف عنصر الاستقرار فى الاقامة ذلك شأن البدو الرحل (٣) •

ـ **امكان تعدد الموطن : ـ** وذلك اذا تعددت الامكنة التى تحقق بشأنها اقامة مستقرة من جانب الشخص • كما لو كان الشخص متزوجا بزوجة مقيمة فى القاهرة وأخرى مقيمة فى الاسكندرية •

ـ **امكان تغيير الموطن من مكان الى مكان آخر : ـ** وذلك اذا تخلى الشخص عن اقامته المستقرة فى مكان معين وأستبدله بمكان آخر • كما هو حال من ينتقل من الريف الى المدينة ليستقر فيها بصفة نهائية •

---

(١) ويترك استخلاص هذه النية لقاضى الموضوع مستعينا فى ذلك بالشواهد التى تدل على أن الاقامة تتسم بالاستقرار •

(٢) شأن الاقامة فى فندق لبضعة أيام أثناء فترة السفر •

(٣) ولقد واجه المشرع هذه الحالة بنصه بخصوص أختصاص المحاكم على أنه « اذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل اقامة فى جمهورية مصر العربية ، ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الاحكام المتقدمة ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل اقامته • فان لم يكن له موطن ولا محل اقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة » • كذلك يقرر بصدد اعلان أوراق المحضرين « اذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم ، وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى جمهورية مصر العربية أو فى الخارج ، وتسلم صورتها الى النيابة » •

أنواع الموطـن : ـ

يتنوع الموطن الى : ـ

١ ـ موطن عـام · ٢ ـ موطـن خاص ·

١ ـ موطـن عام : ـ

هو المقر المعتبر قانونا بالنسبة لمعاملات الشخص جميعها بدون تخصيص أو تعيين ·

وهو يتنوع بدوره بحسب دور الشخص فى تحديده من عدمه الى :

أ ـ موطن اختيـارى · ب ـ موطن الزامى ·

أ ـ الموطن الاختيارى : ـ

هو ذلك الذى يترك تحديده لاختيـار الشخص وذلك باختيـار المكان الذى يقيم فيه فعلا على سبيل الاستقرار ·

وطبيعى أن يكون ذلك خاصا بالاشخاص القادرين على القيـام بتصرفاتهم القانونية بأنفسهم ·

ب ـ موطن الزامى : ـ

ذلـك يصدق على الاشـخاص الذين لا يتمكنـون من مباشـرة شئونهم وتصرفاتهم القانونية بأنفسهم · فيتدخل القانون ويحدد لهم موطنا عاما دون اختيار من جانبهم للمكان المعتبر موطنا ·

ولقد نصت م ٤٢ / ١ على أنه « موطن القاصر والمحجـور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » ·

هذا الموطن الالزامى موطن حكمى ، اذ لا يعتد القانون فى تحديده بمحل الاقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه ··· كما يقضى الاصل

ـ م ٤٠ فى تعريف الموطن ـ وانما يعتد بموطن من ينوب عنه قانونا · أى بمحل الاقامة المعتادة للنائب ، وقد يكون غير محل اقامة القاصر أو المحجور عليه (١) ·

ـ وباعتبار أن أساس تقرير الموطن الالزامى هو وجود مانع أو عارض من موانع الاهلية أو عوارضها · فانه يزول بزوال سببه ، أى ببلوغ القاصر سن الرشد ، أو تمام العقل والادراك وحسن التقدير للمجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة · أو ظهور المفقود أو رجوع الغائب · وعند ذلك يتحدد موطن هؤلاء ـ طبقا للاصل ـ تحديدا اختياريا بمحل اقامته المعتادة المستقرة · كذلك العبرة بموطن القاصر أو المحجور عليه بالنسبة للتصرفات المعترف له بخصوصها بأهلية أداء كاملة (٢) ·

٢ ـ الموطن الخاص : ـ

هو المقر المعتبر قانونا للشخص بالنسبة لوجه معين من أوجه نشاطه أو نوع معين من المعاملات · وذلك تيسيرا على نفس الشخص وعلى المتعاملين معه بشأنها · وهى على ثلاثة أنواع : ـ

ـ موطن الاعمال أو موطن التجارة أو الحرفة : ـ

تنص م ٤١ مدنى على أنه « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » ·

وعلى ذلك فبخصوص التجارة أو الحرفة فان مكان مباشرتها هو المكان المعتبر قانونا لمخاطبة القائم بها بالمعاملات القضائية المتعلقة بهذه التجارة أو تلك الحرفة · أما فيما عدا ذلك من أعمال فيبقى الموطن فى شأنها هو الموطن العام أى محل اقامته المعتادة ·

---

(١) الحكمة من ذلك تيسير الامور على النائب وعلى الغير الذى يتعامل معه باعتبار أن النائب هو الذى يقوم بالاعمال القانونية لحساب من تقررت النيابة لمصلحته ·

(٢) م ٤٢ / ٢ ·

ومن المسلم به أن مكان عمل الموظف أو مقر دراسة الطالب أو محل عمل العامل فى المصنع لا يعتبر موطنا خاصا بالنسبة لما يمس أعمال وظيفتهم أو علاقة الطالب بالجامعة أو العامل بادارة المصنع ·

الموطن المختـار : ـ

تنص م ٤٣ مدنى « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين · ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة ·

والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى . الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى » ·

ويتم تحديد الموطن المختار بمجرد اعلان رغبة صاحبه فى اختياره ، دون توقف على رضاء يصدر من شخص آخر · والاصل أن اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين يكون أمرا جوازيا لمن يشاء (١) · غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص فى حالات استثنائية ينص عليها القانون (٢) ·

لم ينته تنفيذ العمل القانونى المتعلق به ، بحيث يظل ـ على خلاف الموطن العام ـ موطنا مختارا ، فى شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته ·

ـ موطن ناقص الاهلية بالنسبة لما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات

تنص م ٤٢ / ٢ « يكون للقاصر الذى بلغ ١٨ سنة ومن فى حكمه موطن خاص ، بالنسبة الى الاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » ·

ويتحدد الموطن فى هذه الحالة بخصوص هذه التصرفات على أساس الاقامة الفعلية المستقرة للقاصر ومن فى حكمه ، وفيما عدا ذلك يكون موطنه العام هو موطن وليه أو وصيه أو النائب القانونى عنه ·

---

(١) اذ يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى معين ، أو تجنيب الدائن مشاق اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين يقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ·

(٢) أنظر ما ينص عليه قانون المرافعات من أنه على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه ·

المطلب الرابع
الذمة المـــالية

أولا التطور التاريخى : -

ظهرت فكرة الذمة المالية للتوفيق بين المصالح المتعارضة للدائنين فيما بينهم وبين مدينيهم ٠ اذ فى العصور الاولى للتاريخ ، كان شخص المدين هو الذى يضمن دينه ٠ بمعنى انه اذا لم يفى المدين بدينه . كان لدائنه أن يحبسه أو أن يسترقه بل وأن يقتله ٠

مع أرتقاء الجماعات ، ألتجأ الفكر القانونى الى احلال أموال المدين محل شخصه فى ضمان ديونه ٠ من هنا نشأت فكرة الذمة المالية للتعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ٠ بحيث تكون الحقوق ذات القيمة المالية الجانب الايجابى للذمة بينما تكـون الالتزامـات ذات القيمة المالية الجـانب السلبى لها ٠ بحيـث اذا زاد الجانب الايجابى عن الجانب السـلبى كانت الذمة موسـرة ، بينما اذا زاد الجانب السلبى عن الجانب الايجابى كانت الذمة معسرة ٠ يترتب على ذلك خروج الحقوق غير ذات القيمة المالية وكذلك الواجبات غير ذات القيمة المالية من مكونات الذمة المالية (١) ٠

ثانيا أرتباط الذمة المالية بالشخصية : -

باعتبار أن الشخص هو وحده ذو الصلاحية لاكتساب الحقـوق والتحمل بالالتزامـات ٠ فان تعـريف الذمة المالية على أنهـا مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات ذات قيمة مالية ، دعى الى اعتبار الذمة المالية المظهر المـالى للشخصية سواء تعلق الأمـر بشخص طبيعى أو اعتبارى ٠ رتب على هذا التلازم بين الشخصية والذمة المالية ، النتائج الآتيـــة : -

---

(١) مثال ذلك الحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الأســـرة والحقوق السياسية ٠

كذلك يخـرج عن مكونات الذمة الواجبـات التى تقابل حقـوق الأسرة وواجب الطـاعة على الزوجة وكذلـك الواجب العام باحتـرام حقوق الغير ٠

- **لا تثبت الذمـة الا للشخص** ، باعتبـار أنه وحـده صـاحب الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام ٠

- **لكل شخص بالضرورة ذمة مالية** ، باعتبار أن الذمة هى المظهر المالى للشخصية بغض النظر عن محتـواها من الحقوق والالتزامـات الحالية والمستقبلة ٠ فباعتبار أن كل شخص قادر على اكتساب متـل هذه الحقوق والالتزامات ، فان الذمة تثبت للجميع بغض النظر عما اذا كان لديه فعلا حقوق أو لم يكن لديه منها شيئا (١) ٠

لا يثبت للشخص الا ذمة مالية واحدة : - فما دامـت الذمة هى المظهر المالى للشخصية ، وما دامت الشخصية واحدة ، فالذمة بدورها واحدة لا تتعدد ٠

- **لا يجوز للشخص أن يتصرف فى ذمته** ، باعتبار أنها مظهـر لشخصيته التى لا يجـوز التصرف فيها هى الاخرى ٠ علما بان هـذا لا يتعارض مع امكانية التصرف فى محتوياتها من الحقوق ٠

- فى مقابل هذه النظـرية التى تقوم على تصور التـلازم بين الذمة المالية والشخصية سواء كانت طبيعية أو اعتبارية ظهرت نظرية التخصيص ٠

ثالثا نظرية التخصيص : -

مقتضى هذه النظرية أن الذمة المالية هى مجموعة من الأمـوال مخصصة لتحقيـق غرض معين ٠ وبالتالى فهى توجـد حيث يتحقق تخصيص مجموعة من الأموال لغرض معين دون أن تستند بالضرورة لشخص ما ٠

---

(١) يضرب لذلك مثلا باللقيط العار الذى ليس لديه حقا ولم يتحمل بعد بأى التزام ٠

يترتب على هذه النظرية النتائج الآتية : —

— **ليس من الضرورى أن يكون للشخص ذمة** ، فاذا وجد شخص بلا أموال ، فلا ذمة له ·

— **يتصور وجود ذمة بغير شخص : —**

مثال ذلك رصد مجموعة من الأموال لغرض البر فهنا توجد ذمة دون أن تستند الى شخص·

— **يمكن أن تتعدد الذمم لدى الشخص الواحد : —**

ذلك اذا ما خصص شخص فئة من أمواله لغرض معين ، وفئة أخرى لغرض آخر · فيكون لكل ذمة دائنيها ومدينيها مستقلة عن الذمة الأخرى ·

ولقد أقترحت هذه النظرية للأستغناء عن فكرة الشخص الاعتبارى ، باعتبارها تقوم على الافتراض · فبدلا من نسبة الحقوق والالتزامات التى يجمعها غرض واحد لشخص افتراضى لا وجود له (شركة — جمعية — مؤسسة — وقف ······) ، من الواجب التسليم بأننا أمام ذمة مالية تجمعها وحدة الغرض ولا تستند الى شخص ما (١) ·

رابعا المفهوم الواقعي للذمة المالية : —

أفادت نظرية التخصيص فى توجيه النظر الى امكانية تعدد الأنظمة القانونية التى تحكم مجموع الاموال (الحقوق والالتزامات المالية) الداخلة فى الذمة بحسب تقدير المشرع للغرض المخصصة له

---

(١) يضرب أنصار هذه النظرية نماذج فى قانوننا على أنها تطبيقات لنظرية التخصيص (نظام ترك السفينة فى قانون التجارة البحرى — أهلية الاداء الكاملة التى يعترف بها للصبى البالغ ١٦ سنة بالنسبة للأموال المتحصلة من ثمرة عمله الخاص) ·

هذه الاموال (١) ٠ دون حاجة للقول بتعدد الذمم المالية بتعدد الاغراض المخصصة لها الاموال ٠

مع ذلك فانها لم تخل من نقد ٠

أهم هذه الانتقادات : ـ

ـ أساسها هو تخصيص مجموعة من الأمـوال لغرض محدد ٠ وهى وفقا لهذا الاساس تتعارض مع نفسها ٠ اذ الاموال التى تدخل فى **الذمة العامة** للشخص ، هى أموال غير مخصصة لغرض معين ٠ وبالتالى كان من الواجب ـ وفقا لأساس النظرية ـ ألا تكون ذمة ٠

ـ أن نظرية الشخصية الاعتبارية ـ السبب الذى من أجله قامت هذه النظرية ـ لا تقوم على أساس الافتراض ٠ وأن تأسيس الشخصية الاعتبارية على أساس الافتراض مرجعه الخلط بين الشخصية فى علم القانون وبين الشخصية فى علم النفس (٢) ٠

ـ فى مقابل ذلك فان النظرية التى ترى فى الذمة المالية مظهر مالى للشخصية وتتلازم معها لا تخلو من المغالاة ٠

تبدو فى عدم دقة **بعض نتائجها ومجافاتها** للواقع ٠ يمثل ذلـك ما تنتهى اليه من عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة ، باعتبارها مندمجة فى الشخصية ٠ مما يتـرتب على ذلك وجوب اخضاع جميع عناصـر الذمة المالية لنفس النظام القانونى ٠

ولقد رأينا بمناسبة نظرية التخصيص ، أن تخصيص مـال من أمـوال الشخص ، أو بعض أمواله ، لغرض خـاص قد يقتضى ـ اذا

---

(١) وبالتالى فأمر انقطـاع مجمـوعة من أمـوال الذمة المـالية وتخصيصها لغرض معين بهدف اخضـاعها لنظـام قانونى معين أمـر لا يترك لحرية الافراد ٠ لارتباط ذلك بدعامات النظام الاقتصادى فى الجماعة ٠ ـ أنظر التطبيقات التى ضربها أنصـار نظرية التخصيص للدلالة على نماذج تعدد الانظمة القانونية بحسب تقدير المشرع لأهمية وخصوصية الغرض المخصصة له ٠

(٢) أنظر ما سبق أشخاص الحـق ٠

ما أرتأى ذلك المشرع ـ اخضاع هذا المال أو هذه الأموال لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التى تنظم بقية ذمته (١) ٠

ثم انه من**ناحية أخرى** لا حاجة بنا الى تصوير الذمة المالية على أنها مجموعة قانونية مجردة عن العناصر ذات القيمة المالية الحالة والمستقبلة المكونة لها ٠ لا حاجة لتبنى ذلك المفهوم للتوصل الى **تفسير : ـ**

ـ أن ما يضمن حق الدائن ليس مالا معينا من أموال المدين وانما كل ما يوجد فى ذمته من أموال وقت التنفيذ ، سواء كانت موجودة وقت نشوء الدين أو كانت موجودة بعده ٠

ـ أن للمدين حق التصرف فى أمواله دون اعتراض من جانب الدائن الا بالدعوى البوليصية ٠

يمكن التوصل الى تفسير هذه النتائج بالقول بأن حق الدائن فى التنفيذ على أى مال مملوك للمدين وقت تنفيذ الالتزام ، مرده أن حق الدائن لا يرد على شىء مملوك للمدين فى الحاضر أو المستقبل ، وانما على عمله ٠ وهذه القدرة على التنفيذ تستند الى عنصر المسئولية فى الالتزام ٠

كما أن نفس الاساس يفسر أحتفاظ المدين بحريته فى التصرف ٠ وبالتالى فان ما يضمن حق الدائن هى أموال المدين ولا حاجة بنا الى تصور الذمة المالية على أنها مجموعة ذات كيان مستقل عن العناصر المكونة لها ٠ بذلك ننتهى الى تعريف الذمة المالية بأنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية فى وقت معين (٢) ٠

---

(١) علما بأن هذه النظرية لم تتوصل الى هذه النتيجة الا نتيجة تأسيسها على مقدمة افتراضية هى ادماج الذمة المالية فى الشخصية ٠ ـ أنظر كذلك المفهوم الافتراضى المتمثل فى أن لكل شخص بالضرورة ذمة مالية ٠ برغم تصور غير ذلك اذا لم يكن للشخص حقا أو التزاما ذو قيمة مالية ٠

(٢) أنظر د٠ اسماعيل غانم « محاضرات فى النظرية العامة للحق » ـ ط ٣ ـ ١٩٦٦ ، د٠ عبد الفتاح عبد الباقى « نظرية الحق » ـ ط ٢ ـ ١٩٦٥ ٠

المبحث الثـانى
الشخص الاعتبارى ـ الشخص المعنوى

المطلب الاول
فكرة الشخصية المعنوية ومقوماتها

رأينا أن الشخصية ـ فى نظر القـانون ـ انما تعنى صـلاحية كائـن من الكائنـات لثبـوت الحقـوق له أو عليه • وأن المقصـود بالكائن هو كل من له وجود ذاتى مستقل وحقيقى سواء كان وجودا ماديا أو معنويا (١) • كما رأينا أن الشخصية لا تثبت حتما لكل كائن له وجود ذاتى مسـتقل وانما لابد أن يكـون متمتعـا أو ممثلا لقيمـة اجتمـاعية **يراها المشـرع جديـرة** بأن يتمتـع صاحبهـا بالشخصية القانونية (٢) •

من ذلك يتضح أن الشخصية المعنوية تتأسس على عنصرين : ـ

(١) كائن جماعى يخرج من تجمعـات فردية أو مالية ويتمتـع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه من الافراد •

(٢) توافر قيمة إجتماعية لهذا الكائن معتـرف بها من جانب المشرع •

وتـأتى هذه القيمة الاجتمـاعية من قيمة الهـدف الذى يسـعى لتحقيقه ، ومن قدرة وأفضلية الكائن الجماعى على الكائن الفردى فى تحقيق هـذا الهـدف (٣) •

---

(١) وجود مادى • شأن الانسان ـ وجود معنوى شأن الشركات والجمعيات طالما أن لها كيان متميز عن الافراد المكونين لها •

(٢) صلاحية ثبوت الحقوق له أو عليه •

(٣) ذلك يتحقق فى حالة الرغبة فى الاستمرار فى تحقيق بعض الاهداف المشروعة ذات القيمة الاجتماعية على مر أجيال متعاقبة متعديا فى ذلك طاقة الافراد المحدودة وحياتهم الموقوتة • ذلك شأن الشركات التجارية والمؤسسات الخيرية •

فاذا تحقق هذان العنصران أكتسب هذا الكائن الجماعى الشخصية القانونية ٠

بذلك يمكن تعريف الشخص المعنوى بأنه ذلك الكيان المستقل - عن مجموعة الاشخاص المكونة له أو عن أولئك الذين قاموا بتخصيص الاموال - الناشىء لتحقيق غرض معين ومعترف له بالشخصية ٠

المطلب الثانى

الحياة القانونية للشخص المعنوى

الفرع الاول

بداية الشخصية وانتهائها

أولا بداية الشخصية المعنوية :-

لا يدخل الكائن الجماعى فى نطاق الحياة القانونية ولا يكتسب الشخصية القانونية الا بالاعتراف به من جانب المشرع سواء كان أعترافا عاما أو اعترافا خاصا ٠

هذا الاعتراف يمثل من جانب المشرع التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعى ٠ وذلك بالتحقق من هدفه وقدره فى ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته الى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه (١) ٠

ولقد تبنى المشرع المصرى طريقتى الاعتراف العام والخاص ٠

---

(١) أنظر د٠ حسن كيرة المرجع السابق ص ٦٣٥ وما بعدها ٠

الاعتراف العام

مقتضى الاعتراف العام أن يضع المشرع مسبقا شروطا عامة ، اذا توافرت فى جماعة من الاشخاص أو مجموعة من الاموال ، أكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون دون حاجة الى اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة ٠

وعلى ذلك فان الكائن الجماعى المستقل يكتسب الشخصية القانونية ـ متى كان من الاشخاص الواردة فى م ٥٢ مدنى على سبيل الحصر ـ منذ تكوينه وبقوة القانون ٠ هذا هو الشأن بالنسبة للشركات التجارية والمدنية والجمعيات والاوقاف والمؤسسات والمدن والقرى ٠

الاعتراف الخاص : ـ

يقصد به توقف أكتساب الشخصية القانونية للكائن الجماعى ـ الذى يخرج عن تعداد الكائنات المعترف لها بالشخصية والمحددة على سبيل الحصر فى م ٥٢ مدنى ـ على صدور اذن خاص من المشرع بخصوص كل حالة على حدة (م ٥٢ / ٦) ٠ مثال ذلك أعتراف المشرع بالشخصية القانونية للجنة العليا للاصلاح الزراعى (١) ٠

هذا النوع من الاعتراف يمكن المشرع من مواجهة ما قد يجد فى المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة فى غير الصور التى يعرفها التنظيم القانونى المعاصر وتقتضى الضرورة والمصلحة (٢) الاعتراف لها بالشخصية القانونية ٠

اذا كان الاصل هو توقف أكتساب الشخصية القانونية ـ للكائن الجماعى ـ على الاعتراف ، فما موقف الشخص المعنوى فى مرحلة التكوين ؟ ٠

---

(١) أنظر د٠ توفيق فرج المرجع السابق ٠

(٢) نظرا للقيمة الاجتماعية المتحصلة من الغرض الذى يسعى الى تحقيقه ٠

- مركز الشخص المعنوى فى مرحلة التكوين : -

تطبيق ما سبق بخصوص الاعتراف ، ينتهى بنا الى القول بأنه لا تثبت أى شخصية للكائن الجماعى وهو فى مرحلة التكوين ٠

لكن طول مرحلة التأسيس بخصوص بعض الاشخاص المعنوية ، وبخاصة الشركات المساهمة ، مع ما قد يتطلبه التأسيس من قيام المؤسسون بتصرفات وأعمال ، دعت الى الاعتراف للشخص المعنوى فى مرحلة التأسيس بالشخصية القانونية فى الحدود اللازمة لتحقيق التأسيس ٠ بحيث تستند اليه - الشخص المعنوى - أثناء مرحلة التأسيس - لا الى الاشخاص المؤسيسين - الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس (١) ٠

من مظاهر ذلك ما نصت عليه م ١٣ من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون الشركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم على أنه « تسرى العقود والتصرفات التى أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس فى حق الشركة بعد تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة ٠٠٠٠ » ٠

على أنه لابد أن يكون مفهوما أن مصير اسناد الحقوق والالتزامات الى الشخص المعنوى فى مرحلة التكوين يتوقف على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد ٠ فاذا أستحال من بعد تكوين الشخص المعنوى ، أعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكأن لم تثبت له بالتالى حقوق أو التزامات قط ٠

ثانيا انتهاء الشخصية المعنوية : -

ينتهى الشخص المعنوى بانتهاء الاجل المحدد له ، اذا ما تحدد فى السند المنشىء له ٠ كما ينتهى بتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله أو اذا أصبح مستحيلا تحقيق هذا الغرض ٠

كما ينتهى بالحل أو سحب الاعتراف به ٠ والحل قد يكون

---

(١) أنظر التشابه ما بين الشخصية القانونية المبتسرة للشخص المعنوى فى مرحلة التكوين وما بين تلك المعترف بها للجنين ٠

أختياريا بأتفاق الافـراد المكونين له • وقد يكون اجباريا عن طريـق القضـاء اذا ما خالـف الشخص الاعتبارى القانون أو النظـام العام مخالفة خطيرة تدعو الى ذلك •

أو عن طريق المشرع كما هو الحال فى الغـاء الاوقاف الاهلية • (قانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢) •

كمـا ينتهى الشخص المعنوى بسحب الاعتـراف به من جانب المشرع •

- مركز الشخص المعنوى فى مرحلة التصفية : -

اذا كان الاصل انتهـاء الشخصية القانونية للشخص المعنـوى بتحقق أسبابها • فان دواعى تصفيته وما تقتضيه من القيـام ببعض التصرفات تستلزم الابقاء على الشخصية القانونية للشخص المعنوى فى الحدود اللازمة لتصفيته • وبانتهاء الشخص المعنوى تصفى ذمته المالية فتسدد ديونه من أمواله • ويوزع الباقى منهـا وفقا لما يقـرره سند انشائه ، أو وفقا لما يقضى به قرار الحل • مع مراعاة ما يقرره القانون فى هذا الصدد •

الفرع الثـانى

نطاق الشخصية القانـونية ومباشرتها للشخص المعنـوى

(أهلية الوجوب ـ أهلية الاداء)

عرفنا الشخصية القانونية بأنها الصلاحية المجردة لاكتسـاب الحقوق والتحمل بالالتزامات دون حصر أو تعديد • واذا كان الامـر نفسه يصدق على شخصية الشخص المعنوى فان أهلية الوجوب هى التى تحدد مدى هذه الصـلاحية بتحديد الحقـوق الممكن اكتسـابها والالتزامات الجائز التحمل بها من جانب الشخص المعنوى •

نطاق الشخصية (أهلية الوجوب) : ـ

يؤثر فى تحديد نطاق أهلية وجـوب الشخص المعنوى عامـلان : أحدهما ثابت يرجـع الى طبيعة الشخص المعنـوى بالمقابلة بالشخص الطبيعى • والآخر متغـير ، اذ يرتبط بالغرض الذى يقـوم الشخص المعنوى على تحقيقه •

ـ أما تحديد أهلية الوجوب بما يتفق وطبيعة الشخص المعنوى عامة ، فيقصد به أن الشخص المعنوى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية • ذلك شأن حقوق الاسرة والحقوق اللصيقة بجسم الانسـان ، ومن ناحيـة أخرى لا يمكـن أن يتحمـل الشخص المعنوى بالتزامات تتصل بالكيان الجسدى للانسان مثـل واجب أداء الخدمة العسكرية •

أما تحـديد نطاق أهليـة الوجـوب بحسب الغرض الذى قـام الشخص الاعتبارى على تحقيقه • فيقصد به أنه لا يصح أن يكتسب الا ما كان من الحقوق والالتزامات متصـلا بالغرض الذى قامت على تحقيقه • وبالتالى لا يصح أن يقـوم الا بالتصرفـات القانـونية التى يستلزمها الغرض الذى قام من أجله • سواء تحدد هذا الغرض بسند

انشائه (١) أو بالقانون نفسه (٢) • ذلك هو ما يعرف بمبدأ التخصيص • فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ، ولا لجمعية علمية القيام بنشاط سياسى ، ولا يجوز لشركة تقوم على صناعة السينما بتوجيه نشاطها نحو استخراج البترول (٣) • والحكمة فى أن نطاق أهلية الوجوب يتحدد وفقا للغرض الذى يسعى اليه الشخص المعنوى ، ترجع الى أن أكتساب الشخص المعنوى لشخصيته نفسها كان مرتهنا بالقيمة الاجتماعية التى يمثلها الغرض الذى تسعى اليه مما يجعل من الطبيعى أن يتحدد اطار الحياة القانونية للشخص المعنوى بحدود نفس الغرض الذى قام من أجله (٤) •

مباشرة الشخصية : -

اذا كان تعبير أهلية الاداء باعتباره قائم على التمييز والأدراك يصدق على الشخص الطبيعى • فاننا نفضل بخصوص الشخص المعنوى استخدام تعبير مباشرة الشخصية • ذلك أن الشخص المعنوى بطبيعته لا تمييز له ولا ادراك بالتالى لا ارادة • من أجل ذلك كان لابد له من شخص طبيعى يمثله فى مباشرة الاعمال القانونية والمادية باسمه ولحسابه • بحيث تنصرف آثار هذه الأعمال للشخص المعنوى مباشرة • وفى ذلك لابد من التمييز بين الأعمال التى يأتيها ممثل الشخص

---

(١) جمعية احياء التراث الادبى القديم أو مؤسسة رعاية اليتامى•

(٢) يكون ذلك بانتماء الشخص المعنوى الى احدى النماذج من الاشخاص المعنوية التى حدد القانون الغرض الذى تسعى اليه•فالجمعية هى ذلك الشخص المعنوى الذى يسعى لاغراض لا صلة لها بالربح المادى •

(٣) لكن ذلك لا يمنع من مباشرة أنواع الانشطة التى تتطلبها الاغراض الثانوية المتفرعة عن الغرض الاصلى الذى قام من أجله الشخص المعنوى • كالشركة الصناعية التى تنشأ حضانة لاولاد العمال بها ، وكالجمعية الخيرية التى تطرح أورا قيانصيب لزيادة مواردها •

(٤) بينما فى حالة الشخص الطبيعى فان القيمة الاجتماعية التى من أجلها أعترف له بالشخصية تكمن فى ذاته بغض النظر عن الغرض الذى يوجه اليه نشاطه •

المعنوى لنفسه ولحسابه وبين تلك التى يأتيها باسم الشخص المعنوى ولحسابه وهذه وحدها هى التى ينصرف آثارها للشخص المعنوى • بالاضافة الى ذلك فان الشخص المعنوى يتحمل بالمسئولية المدنية (١) عن الاخطاء التى يرتكبها ممثلوه بسبب أو بمناسبة النشاط لحساب الشخص المعنوى وفى حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له فى هذا النشاط (٢) •

ـ تبنى المنطق تنقد المسئولية الجنائية (٣) للشخص المعنوى عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه •

أما العقوبات التى يتحمل بها الشخص المعنوى نتيجة مسئوليته الجنائية ، فلا بد وأن تتفق مع طبيعته • كعقوبة الغرامة والمصادرة والوقف والحل والاغلاق •

---

(١) الذى يجعل تحمل الشخص الطبيعى بالمسئولية المدنية أمرا مقبولا هو أن هذه المسئولية تقع فى أموال الشخص المعنوى •

(٢) أما ما يجاوز حدود هذا النشاط والتمثيل من الاخطاء ، فلا ينصرف أثره الى الشخص المعنوى ، بل الى ذات مرتكبيه من أفراد ممثليه • أنظر د• حسن كيرة •

(٣) أنظر عكس ذلك : من يرى عدم امكان انعقاد المسئولية الجنائية للشخص المعنوى لاستحالة تطبيق أغلب العقوبات الجنائية ـ كالعقوبات البدنية ـ على الشخص المعنوى • كذلك لما فى مسألة الشخص المعنوى جنائيا من خروج عن مبدأ شخصية العقاب •

الفـرع الثالث

الـذمة المـالية

مـؤدى أن للشخص المعنـوى شخصية مسـتقلة عن شـخصية مؤسسيه ، أن الحقوق والالتزامات التى يكتسبها لا تختلط بهذه التى يكتسبها مؤسسيه يترتب على ذلك أن له ذمته المالية المستقلة عن ذمة كل من مؤسسيه والأفراد المكونين له ٠ والاصل أن نتيجة الاستقلال بين الذم المالية ، أن ذمة الشخص المعنـوى لا تضمن ديـون مؤسسيه وكذلك فان ذمة المؤسسين لا تضمن ديون الشخص المعنوى (١) ٠

مع ذلك ، فثم أشخاص معنوية تكون ديونها مضمونة بأموالهـا وأموال أعضائها على السواء (٢) ، كالشركات المدنية ـ م ٥٢٣ مدنى ـ وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التى يكون كل الشركـاء فيها أو بعضهم مسـئولين عن ديون الشـركة فى أموالهم الخـاصة ٠ هذا لا يتضمـن خلطا بين ذمـة الشخص المعنـوى وذمم الشركاء ، وانما الامر يتمثل فى أن الشركاء يضعون ذممهم ـ المستقلة ـ ضامنة للوفاء بديون الشركة كضمان اضافى لدائن الشركة (٣) ٠

---

(١) فلكل دائنيها ومدينيها ٠

(٢) العكس ليس صحيحـا ، بمعنى أن ديـون الشـركاء غـير مضمونة من جانب ذمة الشركة ٠

(٣) وهذه يضمها أصلا ذمة الشركة باعتبارها المدين الاصلى ٠

الفرع الرابع

مميزات الشخص المعنوى

الاشخاص المعنوية وتتمتع كلها بالشخصية القانونية ، تتمايز فيما بينها بالآتى :

- الاسم ٠
- الموطن ٠
- الجنسية ٠

أولا الاسم :-

يشترط المشرع أن يتخذ كل شخص معنوى أسم يميزه عن غيره ٠ بحيث يترتب على اغفاله ، عدم الاعتراف بالشخصية القانونية للشخص المعنوى ٠ والغالب أن يستمد الاسم من الغرض الذى أنشىء الشخص المعنوى من أجل تحقيقه ٠ مثل شركة المنسوجات المصريات وجمعية البر والاحسان ٠ كما أنه قد يكون اسم شريك أو أكثر مع اضافة عبارة « وشركاه » للدلالة على شخصية الشركة المستقلة عن شخصية الشركاء ٠

ويقرر القانون لاسم الشخص المعنوى ذات الحماية التى يقررها لاسم الشخص الطبيعى بحيث يجوز المطالبة بوقف الاعتداء عليه مع التعويض عما يلحقه من ضرر ٠

واذا كان أسم الشخص المعنوى تجاريا - يتم التعامل به في المعاملات التجارية - فانه يصح التعامل فيه والنزول عنه - لأن له قيمة مالية - كما هو الحال بالنسبة للشركات التجارية ٠ هذا بخلاف الجمعيات أو المؤسسات ، اذ لا يكون أسمها محلا للتعامل ، لأن حقها عليه حق أدبى لا يجوز التعامل فيه ٠

ثانيا موطن الشخص المعنوى : —

للشخص المعنوى موطن مستقل عن موطن مؤسسيه أو أعضائه ·

ويعتبر الموطن المقر المعتبر فى مخاطبة الشخص المعنوى فيما يتعلق بنشاطه القانونى · ويتحدد موطن الشخص المعنوى — فى القانون المصرى — فى المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته الرئيسى لنشاطه انقانونى والمالى والادارى (١) الذى لا يتطابق بالضرورة مع مركز الاستغلال أى مكان مباشرة النشاط ·

مع ذلك فان المشرع قضى بأنه بالنسبة للشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فان مركز ادارتها بالنسبة الى القانون الداخلى هو المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية · كما طبق نفس المنطق بالنسبة للأشخاص المعنوية التى تباشر نشاطها فى أماكن متعددة ، بحيث تتعدد فروعها · اذ أعتبر المكان الذى يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنا خاصا بالأعمال المتعلقة به ·

ثالثا الجنسية : —

يقصد بها رابطة التبعية السياسية التى تربط الشخص المعنوى بدولة معينة · وهى مستقلة عن جنسية الاشخاص المكونين له · ورابطة التبعية السياسية هى التى تحدد الصفة الوطنية أو الأجنبية للشخص المعنوى ، مع ما يترتب على ذلك من أختلاف فى الحقوق والواجبات ·

ويختلف المعيار المستند اليه فى تحديد هذه التبعية السياسية(٢)

---

(١) ويشترط فى هذا المركز أن يكون حقيقيا وليس وهميا · كما أنه يعتد بكل تغيير حقيقى له ·

(٢) هذا المعيار قد يختلف وقد يتطابق مع معيار التبعية القانونية الذى يلتجأ اليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على الشخص المعنوى الاجنبى — أنظر م ١١ مدنى « قانون الدولة التى يوجد فيها المركز الرئيسى للادارة » ·

من دولة لاخرى ، وان استهدفت جميعا التحقق من الارتباط والتبعية ـ خاصة الاقتصادية ـ بين الشخص المعنوى والدولة · من أهم هـــذه المعايير : معيار الارادة ـ معيار التأسيس ـ معيار مركز الاســتغلال ـ معيار مركز الادارة الرئيسى ومعيار الرقابة سواء على رأس المال أو على ادارة الشخص المعنوى ·

فى القانون المصرى بخصوص الشركات المساهمة والتوصيـة بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة أخذ المشرع بمعيـــار مزدوج للاعتراف بالصفة الوطنيـة ـ المصرية ـ للشخص المعنـوى : ـ التأسيس فى مصر بالاضافة الى اتخاذ مصر مركز رئيسى للادارة · أضاف المشرع المصرى الى هذا المعيـار المزدوج ، أشتراط مسـاهمة المصريين فى رأس مال الشركة بنسبة ٤٩ ٪ على الأقل عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال (م ٣٧ من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١) (١)·

بالنسبة للانواع الاخرى من الشركات ، فلقد سكت المشرع عن المعيار المتخذ أساسا لتحديد جنسيته · ولقد ذهب الفقه الى تبنى نفس المعيار المزدوج السابق بخصوص هذه الانواع من الشركات (٢) ·

---

(١) فرع الشركة باعتباره جـزء منها يخضع لادارتها وينـدمج مورده بمواردها وبالتالى لا يعتبر شخص معنوى مستقل عن شخص الشركة الاصلية · أما الشركة المتفرعة ولها وجود مستقل عن الشركة الأم في الادارة والامـوال ، فان لهـا جنسية مستقلـة عن جنســية الشركة الام ·

(٢) ولقد أشارت محكمة النقض الى وجـوب تطبيق المبــادىء العامة للقانون بخصوص تحديد جنسية هذه الشركات ·

المطلب الثالث

أنواع الاشخاص المعنوية
تقسيم الاشخاص المعنوية الى عامة وخاصة

عدد المشرع أنواع من الاشخاص المعنوية - فى م ٥٢ - منها ما يدخل فى طائفة أشخاص القانون العام (١) ومنها ما يدخل فى طائفة أشخاص القانون الخاص (٢) ، دون تحديد من جانبه لمعيار التمييز بينهما ٠ يترتب على أعتبار الشخص المعنوى داخلا فى هذه الطائفة دون أخرى خضوعه لقواعد القانون العام أو الخاص مع ما يترتب على ذلك من حقوق وأمتيازات مختلفة ٠

ولقد تعددت معايير التفرقة ما بين غرض الشخص المعنوى ، ومدى الامتيازات التى يتمتع بها ومدى تمتع الادارة بسلطة القرار بخصوصه بحيث اذا كانت لها هذه السلطة كنا بصدد شخص من أشخاص القانون العام ، بينما اذا أكتفت بمجرد الاشراف والرقابة عليه كان الشخص خاصا ٠

تقسيم الاشخاص الخاصة الى مجموعات أموال ومجموعات أشخاص : -

تنقسم الاشخاص المعنوية الخاصة من حيث تكوينها الى نوعين رئيسيين : -

١ - جماعات الاشخاص

وهى تلك التى تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ٠(الشركات - الجمعيات) (٣) ٠

والمميز الرئيسى للشركات عن الجمعيات ٠ هو أن الشركة عبارة عن جماعة من الاشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادى

---

(١) الدولة - المديريات - المدن - القرى بالشروط التى يحددها القانون - الادارات - المصالح - الهيئات والطوائف الدينية ٠

(٢) الشركات التجارية والمدنية - الجمعيات والمؤسسات والاوقاف ٠

(٣) تثبت لهما الشخصية بمقتضى الاعتراف العام ٠ بالاضافة الى المنشأت الاخرى التى يمكن أن تثبت لها الشخصية بالاعتراف الخاص ٠

يقتسمونه فيما بينهم (١) · بينما الجمعية عبارة عن جماعة ذات تنظيم مستمر ، تتألف من عشرة أشخاص على الاقل ، لغرض غير الحصول على ربح مادى (٢) ·

والشركات أما شركات تجارية تحترف القيام بصفه رئيسية بالأعمال التجارية ،كعمليات البنوك والنقل والتأمين ، واما شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعى · واذا كانت الشركة تكتسب الشخصية القانونية بمجرد تكوينها (٣) ، فانه لا يحتج بها على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر أو الشهر التى يحددها القانون · مالم يكن من مصلحة الغير الاحتجاج بشخصية الشركة قبل استيفاء هذه الاجراءات ·

بانقضاء الشركة تتم تصفية ذمتها المالية بسداد ديونها وتوزيع ما تبقى من أموال الشركة بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم فى رأس مال الشركة ·

- بينما بخصوص الجمعية فان الشخصية القانونية لا تثبت لها الا اذا شهر نظامها وفقا لاحكام القانون (٤) ·

كذلك فانه بعد تصفية الجمعية ، يقوم المصفى بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر فى نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام

---

(١) الشركة على هذا النحو تفترض وجود شخصين على الاقل ، كل منهما يساهم على تحقيق مشروع مالى وذلك بتقديم حصة من مال أو عمل ·

(٢) هدف علمى - هدف اجتماعى ·····

(٣) مع أشتراط أن يكون العقد مكتوبا · ذلك ما لم يتطلب القانون اجراء اضافى لتكوين الشخص المعنوى كما هو الحال بخصوص الشركة المساهمة حيث يتطلب القانون صدور قرار جمهورى بتأسيسها ·

(٤) لمديرية الشئون الاجتماعية المختصة حق رفض الشهر اذا قدرت عدم الحاجة لهذه الجمعية (دواعى الامن - البيئة فى غير حاجة لخدماتها - عدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية) ولذوى الشأن التظلم من قرر الرفض ·

القانون الآمرة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز أن تؤول أموال الجمعية الا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التى تعمل فى ميدان عمل الجمعية المنحلة . مما يعنى عدم جواز أيلولة أموالها عند الحل الى الاعضاء أو ورثتهم . وفى هذا انسجام مع غرض الجمعية الذى لا يستهدف الربح المادى (١) .

٢ — جماعات أموال : —

هى تلك الاشخاص المعنوية التى تتألف من أموال مرصودة على اتحقيق غرض معين . شأن الوقف . والمؤسسات .

والوقف هو عبارة عن حبس العين عن التصرف أو عن التمليك لأحد من العباد ورصد منفعتها — على سبيل التأثيث أو التأبيد — على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء (٢) .

نتيجة لسوء ادارة الاوقاف . ولما فى هذا النظام من عرقلة لتداول الاموال وتقليل لثمراته ، تدخل المشرع بالغاء الوقت الاهلى على غير الخيرات — بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . كما أنه علاجا لمساوىء الادارة ، جعل الولاية عليه لوزارة الاوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه . كما أنه منح وزير الاوقاف سلطة تغيير وجهة صرف ريع الوقف كله أو بعضه .

بالنسبة للمؤسسات الخاصة

— المؤسسة الخاصة هى شخص معنوى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ،أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام ، دون قصد الربح المادى .

---

(١) لكن اذا تخلفت هذه الحكمة فمن المتصور النص على أيلولة أموال الجمعية الى الاعضاء أو ورثتهم شأن حصص الجمعيات التعاونية أو صندوق المعاشات .

(٢) أنظر د. حسن كيرة .

ـ وبالتالى تتميز المؤسسة باعتبارها قائمة على مجموعة من الأموال عن الشركة والجمعية كتجمع من الاشخاص • واذا كانت المؤسسة تتفق مع الجمعية فى أنهما يستهدفان أغراض لا صلة لها بالربح المادى ، فان المؤسسة تستهدف دائما أغراض ومصالح عامة بينما الجمعية تصلح لتحقيق الاغراض العامة والخاصة على السواء •

وكما هو الشأن فى الجمعية لا تثبت الشخصية للمؤسسة الا بشهر نظامها (١) • وتتحدد أهلية وجوب المؤسسة بما يتفق وطبيعتها والغرض الذى أنشئت من أجله شأن جميع الاشخاص المعنوية •

بالاضافة الى ذلك نص المشرع على أنه لا يجوز لها قبول الوصايا • والهبات الا باذن الجهة الادارية المختصة •

وتخضع المؤسسة لما تخضع له الجمعيات من حيث الانقضاء والتصفية •

---

(١) يتحقق انشاء المؤسسة بارادة منشئها اذا كان واحدا أو منشئيها إذا تعددوا •

الفصــل الثانى

محل الحــــق

كمـا أن للاستئثار صـاحب فان له محـل ، وهو ما يـرد عليه الاستئثار .

ومحل الحق قد يكـون عملا ، كما هو الحال بخصـوص الحق الشخصى الذى يـرد على العمل الايجـابى أو السلبى للمـدين (١) ، كما أن محل الحق قد يرد على شىء مادى كما هو الحـال بخصوص الحق العينى أو شىء معنوى كما هو الحال بخصوص الحق الذهنى .

مبحث أول الاعمال .

مبحث ثانى الاشياء .

---

(١) اذا كان الالتزام بعمل من شـأنه أن يؤدى الى انشاء أو نقل حق عينى ، فان الحق الشخصى يعتبر مقدمة لاكتساب صاحبـه حقا عينيا على الشىء الذى يلتزم المدين باعطائه ، كان ذلـك الشىء محل غير مباشر للحق الشخصى .

المبحث الاول

الاعمـــال

سواء كان محل الالتزام القيـام بعمل أو الامتنـاع عن القيام بعمل أيا كانت الصورة التى يتخذها — باعتباره محلا للحق الشخصى — فانه يشترط أن تتوافر فيه شروط ثلاثة : —

١ — الامكان مع جواز أن يكون محل الالتزام مستقبلا طالمـا كان ممكن الوجود (١) ٠

٢ — معينا أو قابل للتعيين ٠

٣ — مشروعا ٠

ويترتب على مخالفة أى شرط من هذه الشدوط بطـلاق العقد ٠ ونحيل فى تفصيل هذه الشروط الى الكتاب الثانى « الالتزامات » ٠

المبحث الثـانى

الاشـياء

الاشـياء هى المحل المباشـر للحـق العينى اذا كـانت أشـياء ماديـة (٢) ٠ أو المحل المباشـر للحـق المعنـوى اذا كانت أشـياء معنوية (٣) ٠

أولا التفرقة بين الشى والمال : —

المال هو الحق ذو القيمة المالية أى الذى يقدر بالنقود (٤) ، أيا

---

(١) م ١٣١ مدنى عدم جواز التعامل فى التركة المستقبلة ٠
(٢) منزل — سيارة — سفينة ٠
(٣) الاختراع — اللحن — الاسم التجارى ٠
(٤) يخرج من ذلك الحقـوق اللصيقة بالشخصية — حقـوق الاسرة — الحقوق السياسية ٠

كان نوعه أو محله (١) .

بينما الشيء هو المحل الذى يرد عليه الحق ذو القيمة المالية - أى محل للمال - بطريقة مباشرة كما هو الحال فى محل الحق العينى أو محل الحق المعنوى . أو بطريقة غير مباشرة كما هو الحال فى شأن الحق الشخصى باعتبار أنه وان كان محله المباشر هو العمل الايجابى أو السلبى للمدين الا أنه يؤدى بطريقة غير مباشرة لنشأة حق عينى محله شيء مادى (٢) .

ذلك ولقد أشار التقنين المدنى لهذه التفرقة فى م ٨١ / ١ ، م ٨٦ (٣) .

مع ذلك فلقد شاع فى العمل الخلط بين المال ومحله ، باعتبار استغراق المال للمحل الوارد عليه ، وباعتبار أن قيمة الشيء تبدو فى أنه محلا لحق مالى (للمال) .

ثانيا الاشياء الداخلة فى دائرة التعامل وحدها محلا للحق : -

لا يصلح أن يكون الشيء محلا للحق (للمال) الا اذا كان داخلا فى دائرة التعامل .

ولقد حدد المشرع المصرى - م ٨١ مدنى - الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل فى طائفتين : -

الاولى الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم طبيعتها : -

---

(١) سواء كان محله عمل ايجابى أو سلبى كما هو الحال بشأن الحق الشخصى . أو كان محله شيء مادى شأن الحق العينى أو شيء معنوى شأن الحق الذهنى .

(٢) كما هو الحال بشأن الالتزام باعطاء الذى يؤدى الى نشأة أو نقل حق عينى . مثال ذلك الالتزام بنقل ملكية عقار .

(٣) م ٨١ / ١ « كل شيء خارج عن دائرة التعامل .... يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » ، م ٨٦ « الحقوق التى ترد على شيء غير مادى تنظمها قوانين خاصة .

وهى تلك التى يستحيل حيازتها بالنظر الى طبيعتها · مثال ذلك الهواء الطليق أو الماء فى البحر · فاذا زالت أستحالة الحيازة بخصوص هذه الاشياء ، بأن أمكن الاستئثار ببعضها ، فانها تكون محلا للحق (للمال) · ذلك شأن حيازة قدرا من مياه البحر فى وعاء أو ضغط بعضا من الهواء فى أنبوبة ·

الثانية الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون : —

وهذه هى الاشياء التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية — وان لم تتنافى طبيعتها مع امكان الاستئثار بحيازتها وبمنافعها — رعاية منه للمصالح الأساسية فى الجماعة ·

والاصل أن تدخل الاشياء جميعها فى دائرة التعامل — طالما سمحت طبيعتها بذلك مالم ينص القانون على غير ذلك صراحة (١) · مثال ذلك المواد المخدرة والنقود المزيفة والاسلحة غير المرخصة ·

ويترتب على خروج الشىء عن دائرة التعامل عدم امكان تحملها بالحقوق المالية · وعلى هذا لا يكفى احرازها — ولو بمقابل — لنشأة حق ملكية عليها · وبالتالى فان أختلاسها ممن يحرزها ، لا يعتبر بدوره سرقة (٢) · كذلك لا حق لمحرزها فى المطالبة بالتعويض عن اتلافها ، وذلك لأن القانون لا يعترف لمحرزها بأى حق على الشىء التالف الخارج عن دائرة التعامل (٣) ·

---

(١) ثم ان هذه الاشياء تخرج عن التعامل فى الحدود التى يرسمها القانون · شأن المواد المخدرة التى يجيز القانون استخدامها — بمعرفة الاطباء — للأغرض الطبية ·

(٢) باعتبار أن السرقة هى اختلاس مال منقول مملوك للغير ·

(٣) أنظر د· عبد الفتاح عبد الباقى — المرجع السابق — أنظر فىأعتبار الاشياء العامة المملوكة للدولة أو الاشخاص العامة خارجة عن دائرة التعامل — تحقيقا للنفع العام —باعتبار تحريم المشرع التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم د· توفيق فرج ·

ثالثا
تقسيمات الاشياء

تتعدد تقسيمات الاشياء باختلاف المعيار المتخذ أساسا للتقسيم :

١ - أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك

معيار التقسيم : -

يستند هذا التقسيم على الاثر الذى يحدثه الاستعمال فى الشىء فيعتبر غير قابل للاستهلاك ، اذا كان لا يترتب على أستعماله لأول مرة هلاكه ، وان كان من شأنه احداث نقص فى قيمته ، مثال ذلك الأرض والمنزل والكتاب . ويعتبر الشىء قابل للاستهلاك اذا كان يترتب على استعماله لاول مرة أستهلاك الشىء (١) . هذا الاستهلاك قد يكون ماديا ، اذا ما ترتب على الاستعمال فناء الشىء ، أو فى الاقل تغيير ذاتيته . كما هو الحال بالنسبة للفاكهة التى يترتب على أستعمالها افنائها ، أو شأن نسج القطن فتتغير ذاتيته من قطن الى نسيج .

أما الاستهلاك القانونى . فهو استهلاك حكمى يستند الى حكم القانون كما هو الحال فى تقرير القانون أن النقود تستهلك بانفاقها (٢) .

واذا كان الاصل أن هذا التقسيم يستند الى معيار موضوعى من طبيعة الاشياء نفسها ومن أنها تستهلك بمجرد استعمالها . فان لارادة الافراد أن تتدخل فى تصنيف الشىء ، وذلك بتحديد الغرض الذى يعد له . فاذا كانت الفاكهة بحسب طبيعتها معدة للاستهلاك ، فان للأفراد أن يجعلوا منها صالحة للاستعمال المتكرر - الذى لا يفنيها من المرة الاولى - كما هو الحال اذا ما خصصت الفاكهة للعرض على أن ترد لصاحبها مما يجعلها شىء غير قابل للاستهلاك .

---

(١) بحيث تكون طريقة أستعماله هى أستهلاكه .

(٢) كذلك يعد قابل للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع . لأن البضائع التى توضع فى المتاجر بغرض بيعها تعتبر أشياء قابلة للاستهلاك القانونى .

اهمية التقسيم : -

١ - الحقوق التى لا تعطى لصاحبها حق التصرف وانما تعطيه فقط حق الاستعمال لا يمكن أن ترد على الاشياء القابلة للاستهلاك . ذلك شأن حق الانتفاع وحق الاستعمال . ذلك أن حق الانتفاع يعطى لصاحبه سلطة أستعمال وأستغلال الشىء مع الالتزام برد ذات الشىء عند انقضائه ، وهذا يتفق مع الاشياء غير القابلة للاستهلاك ، دون القابلة له .

٢ - كذلك فان العقود التى تلزم أحد المتعاقدين برد الشىء الذى تسلمه بعد الاستعمال ، لا ترد الا على الاشياء غير القابلة للاستهلاك . شأن عقد الايجار وعارية الاستعمال . الا أنها تصلح موضوعا لعقد آخر - عقد القرض - الذى من شأنه أن ينقل ملكية الشىء المقترض وبالتالى استعماله والتصرف فيه ، على أن يلزم المقترض برد شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته . م ٥٣٨ مدنى .

ثانيا الاشياء المثلية والاشياء القيمية : -

- معيار التقسيم : -

- الاشياء المثلية هى الاشياء التى لا تختلف آحادها أختلافا يعتد به ، بحيث يكون أحدهما متكافئا مع الآخر فى أداء الوظيفة الابرائية (يقوم أحدها مقام الاخرى فى الوفاء) . وهذه هى الاشياء التى جرى العرف على التعامل فيها بالعدد كالنقود أو بالمقاس كالاقمشة من نوع معين أو بالكيل كالقمح من نوع وصنف معين أو بالوزن كالفاكهة .

- أما الاشياء القيمية فهى تلك التى تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به بحيث لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . مثال ذلك . الارض الحيوانات - المنازل .

واذا كانت طبيعة الاشياء من حيث تفاوتها أو تماثلها تلعب دورا أساسيا فى تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء (١) ، فان أرادة

---

(١) ذلك هو الاتجاه فى تحديد الصفة المثلية أو القيمية للأشياء فى الشريعة الاسلامية .

الافراد قد تسبغ على شيء مثلى بطبيعته الصفة القيمية أو العكس (١) ٠ مثال الحالة الاولى ٠ أن نسخة من ذات الكتاب تعتبر شيء مثلى الا أن التوقيع عليها من المؤلف يجعل منها شيء قيمى أو ما يطلق عليه « معين بالذات » مثال الحالة الثانية ٠ ما تقوم به بعض الشركات القائمة على تقسيم الاراضى من تقسيمها الى قطع متساوية متماثلة ، فيجعلها شيء مثلى أو معين بالنوع ٠ ويغلب فى العمل أن تكون الاشياء المثلية قابلة للاستهلاك ، والاشياء القيمية غير قابلة له ٠ غير أن التطابق بينهما لازم (٢) ، باعتبار اختلاف المعيار المتخذ أساسا للتقسيم ٠

أهمية التقسيم : -

١ - من حيث انتقال الملكية : -

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات (القيمى) ، بمجرد التعاقد ٠ أما اذا كان المنقول معينا بالنوع (مثلى) كمقدار من القمح ، فان ملكيتها لا تنتقل بمجرد التعاقد ولكن بالافراز (٣) ٠

٢ - من حيث الوفاء : -

فى الاشياء القيمية لا يتم الوفاء الا بذات الشيء المتفق عليه ، ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان مساويا له فى القيمة ٠ أما اذا كان الشيء مثليا ٠ فان المدين يبرأ اذا قدم أى شيء من النوع نفسه بالمقدار المحدد فى العقد ٠

---

(١) بحسب ما اذا قصدت شيئا بنوعه أم شيئا بذاته ٠

(٢) اذن المتصور أن تتجه ارادة الافراد الى جعل شيء غير قابل للاستهلاك شيء مثلى كما هو الحال فى حيوانات الجر فأحدها يقوم مقام الآخر ٠ كما قد تتجه ارادة الافراد الى اعتبار شيء قابل للاستهلاك شيء قيمي كما هو الحال فى النقود أو الطوابع اذا ما دخلت فى مجموعة نادرة أو أثرية ٠

(٣) الافراز يتحقق بتجنيب الشيء وتعيينه بذاته ٠ ويعتبر تسليم الشيء من وسائل افرازه ٠

٣ ـ من حيث الهلاك : ـ

اذا هلك الشيء المثلى ، فان التـزام المدين يظل قائمـا بتسليم شيء بديل عنه ، كما لو التزم شخص بتسليم عشـرة أردب قمح من نوع معين ، فهـلاك هذه الاردب العشر لدى المديـن لا يجعل تنفيـذ التزامه مستحيلا ، بل يطالب بتسليم ١٠ أردب أخرى من ذات النوع ٠ أما هلاك الشيء القيمى فيجعل تنفيذ التزام المدين مستحيلا ٠ كما لو التزم المدين بتسليم منزل معين ثم أنهار هذا المنزل ٠

٤ ـ من حيث المقاصـة : ـ

لا تقع الا بين دينين موضـوع كل منهما شيء مثلى متحـد فى النوع والجودة ولو أختلف سبب الدينين ٠

ثالثا العقارات والمنقولات : ـ

نصت م ٨٢ مدنى على أن « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ٠ وكل ما عـدا ذلك من شيء فهو منقول ٠

ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » ٠

ـ أخذ المشرع بمعيار مزدوج للتمييز بين ما هو منقول وعقار ٠ فيعتبر عقارا كل ماهو ثابت ولا يمكن نقله بدون تلف ٠٠ مثال ذلك الارض وما يلتصـق بها من منزل ٠ ومن أشـجار ٠ وهذه عقـارات بالطبيعـة ٠

أما ما كان غير مستقر بحيزه ويمكن نقله بلا تلف فهو منقول مثال ذلك الحيوانات والسيارات وأثاث المنزل والكتب والمأكولات ـ والاكشاك وهذه منقولات بالطبيعة ٠

ـ العقار بالتخصيص : ـ

وفى هذه الحالة يكتسب منقـول بحسب طبيعته وصف العقـار وحكمه وذلـك اذا ما خصص من جانب صـاحبه لخدمة العقـار الذى

يملكه . ويلزم لاكتساب المنقول صفة العقار بالتخصيص توافر الشروط الآتية

١ _ أن يكون هناك منقول بطبيعته .
٢ _ أن يكون هذا المنقول مملوك لصاحب العقار .
٣ _ أن يخصص هذا المنقول لخدمة هذا العقار أو أستغلاله .

ذلك شأن تخصيص المواشى أو الجرارات الزراعية لخدمة الارض الزراعية (١) .

اذا تم التخصيص ، أعتبر المنقول فى حكم العقار . فاذا أنتهى التخصيص أو تخلف شرط من هذه الشروط (٢) ، زالت صفة العقار بالتخصيص عن المنقول وعومل كمنقول .

المنقول بحسب المآل : _

فى هذه الحالة يعامل العقار بالطبيعة معاملة المنقول ويأخذ حكمه ، اذا ما كان معدا بحسب ارادة الافراد (٣) أن يصير منقولا بفصله عن مستقره . والحكمة من هذا التخفف من قيود التصرف فى العقار . مثال ذلك الاشجار المعدة للقطع ، والمبانى المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى .

أهمية التقسيم بين عقار ومنقول : _

١ _ من حيث انتقال الملكية : _

الملكية لا تنتقل فى العقار الا بالتسجيل . بينما فى المنقولات الامر يتراوح بين أنتقالها بمجرد العقد (منقول معين بالذات) أو

---

(١) يلزم أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار ولا يكفى أن يكون مخصصا لخدمة صاحب العقار . كما هو الحال فى الخيل المعدة لركوب صاحب المزرعة . اذ تحتفظ بوضعها كمنقول بالطبيعة .
(٢) كما اذا أختلف مالك المنقول عن مالك العقار .
(٣) ذلك يقتضى اتجاه ارادة المتعاقدين اتجاها حقيقيا ومتحققا لفصل العقار فى القريب .

بالافراز (منقول معين بالنوع) ٠

٢ ـ من حيث الشفعة : ـ

لاتكون الا فى العقار ٠

٣ ـ من حيث الحيازة : ـ

الحيازة فى المنقول بحسن نية تكون سندا للحائز فى اثبات ملكيته (١) ٠ أما فى العقار ، فلابد أن تستمر الحيازة لمدة معينة ٠ قد تكون خمس سنوات فى بعض الاحيان (٢) أو خمس عشرة سنة فى فى أحوال أخرى (٣) ٠

٤ ـ من حيث الحقوق العينية الواردة على الاشياء

من الحقوق ما لا يرد الا على عقار ٠ شأن حق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ٠ وكذلك الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ٠

٥ ـ من حيث الاختصاص القضائى : ـ

باعتبار تحرك المنقول أو امكانية ذلك ، فان الاختصاص بشأنه يكون للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ٠ أما الدعاوى المتعلقة بحق عقارى ، فترفع أمام المحكمة التى يقع العقار فى دائرتها ٠

٦ ـ اجراءات التنفيذ الجبرى : ـ

أبسط فى المنقول منها فى العقار ٠

٧ ـ قد تتعطل ميزة التتبع والافضلية التى يولدها الحق العينى ، فى حالة وروده على منقول اذا ما أحتج بشأنه بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز ٠

---

(١) بحيث تعتبر الحيازة قرينة على توافر السبب الصحيح ٠ والسند الصحيح هو السند ـ الناقل للملكية بطبيعته ـ الصادر من غير مالك للشىء ٠ على الا يكون الشىء مسروقا أو ضائعا ٠
مثال ذلك أن يصدر عقد بيع منقول من وكيل أو من مستعير

(٢) فى حالة توافر السبب الصحيح الذى لابد من اثباته ٠

(٣) فى حالة عدم توافر السبب الصحيح ٠

الفصـل الثالث

حماية الحق

عرفنا الحق بأنه أستئثار يحميه انقانون . ذلك يدعونا الى القول بأن اقرار القانون لهذا الاستئثار يعد ركنا جوهريا لقيام الحق يميزه عن الغصـــب .

وباعتبار أنه فى المجتمع الحديث لا يسوغ للانسان أن يقر العدل لنفســه بنفسه ، فان القانون قد وفــر لصاحب الحق وســائل حمــاية حقه .

الوسيلة الاساسية لحماية الحق هى الدعوى

ويقصد بها التجأ الشخص الى القضاء مطالبا بتقرير حق له أو منع الاعتــداء عليه ، فى مواجهة من ينكره أو يعتــدى عليه . كما قد تتخذ طلب التعويض عن الاعتداء على الحق أو المطالبة بالزام المديــن بتنفيذ التزامه .

ـ الى جانب الدعوى توجد وسيلة الدفع . ويقصد به ما يجيب به المــدعى عليه فى دعــوى مرفوعة ضــده ، لمنع الحكم عليه بطلبــات المدعى .

مثال ذلك أن يعارض شخص آخر فى ملكه مدعيه لنفسه ، ويرفع دعوى عليه باستحقاق الشىء ، فيأتى المدعى عليه ويدفع تلك الدعوى بأنه هو المالك الحقيقى ـ مع تقديم السند لذلك .

الباب الثالث

مصـــادر الحـــق

المقصود بالمصدر المباشر وبيانه : -

نقصد بهذا المصدر المباشر للحق وهو ذلك السبب الذى يرتب القانون على حصوله خلق حق من الحقوق أو نقله من شخص لآخر (١)٠

وباعتبار أنه يخرج من نطاق دراسة النظرية العامة للحق دراسة هذه الاسباب كل على حدة ، فاننا نشير الى المصدرين الاساسيين للحق فى القانون المصرى ٠

١ - الواقعة القانونية : -

ويقصد به كل أمر يقع فيرتب عليه القانون أثر قانـونى ، دون أن يكون لارادة شخص ما أى دخل فى انتاج هذا الاثر ٠ ذلك سـواء كان ذلك الامر من عمـل الطبيعة (واقعة طبيعية) كما هو الشـأن بخصوص الميلاد ٠ والوفاة والزلازل والفيضـانات ٠٠٠٠٠ اذ يرتب القانون على واقعة الميلاد حقوقا معينة للمولـود (٢) ٠ كما يترتب على الوفاة أنتقال أموال المتوفى الى ورثته ٠ وقد يرتب القانون على الزلازل وغيرها من الظروف القاهرة اعفاء المدين م نالتزامه ٠ فيرتب القانون على الواقعة الطبيعية نشأة حق أو انقضاؤه ٠

كما قد يكون ذلـك الامر من فعل الانساق بصـرف النظر عن انصراف ارادته نحو ترتيب أثر قانونى معين من دون ذلك ٠ مثـال ذلك اعتبار المشرع الاثراء بلا سبب مصدرا من مصادر الحق وكذلك الفعل الضـــار ٠

---

(١) بينما القانـون باعتباره المنظم والحامى لجميع الحقـوق يعتبر المصدر غير المباشر للحق ٠

(٢) أولا اكتسـابه للشخصية القانـونية واكتسـابه للحقـوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الاسرة ٠

٢ ـ التصرف القانونى :ـ

هو اتجاه ارادة شخص أو أكثر الى احداث أثر قانونى (انشاء ـ نقل أو انهاء حق من الحقوق) يقره القانون ٠

والتصرف القانونى قد يكون من جانب واحد كالاقرار والوصية والوعد بالجائزة ٠ وقد يكـون من جانبين ، فلا تكفى ارادة واحـــدة لابرامه ٠ كما هو الحال فى العقود المختلفة شأن البيع والايجار ٠٠٠

الواقعة والتصرف القانونى كمصدر للحقوق الشخصية والحقوق العينية

مصدر الحق لا يخـرج عن أن يكون واقعـة قانونية أو تصـرفا قانونيــا ٠

أ ـ بالنسبة للحقوق الشخصية

بين المشرع لدينا مصادرها فى الآتى : ـ

ـ العقد ـ العمل غير المشروع

ـ القانون

ـ الارادة المنفردة ـ الاثراء بلا سبب

فيدخل فى نطاق التصرفات القانونية العقد والارادة المنفردة ٠ ويدخل تحت الوقـائع القانونية ، العمـل غير المشروع وهو الفعـــل الضار ، والاثراء بلا سـبب وهو الفعل النافع ٠ بينمـا يعد القانـون المصدر المباشر للالتزامات التى تنشأ مباشرة عن النصوص القانونية (م ١٩٨ مدنى) ٠

ب - بالنسبة للحقوق العينية : -

فى صدد الكلام عن الحقوق العينية أكتفى المشرع ببيان أسباب كسب حق الملكية وهى : الاستيلاء ، الميراث ، الوصية ، الالتصاق ، العقد ، الشفعة والحيازة (١) ·

بالنسبة للحقوق العينية الاصلية الاخرى فمصادرها هى نفس مصادر كسب الملكية اللهم ما لا يتلائم مع طبيعة بعض هذه الحقوق ·

أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية ، فقد رأينا أن مصدرها أما العقد ، أمر القضاء أو القانون ·

---

(١) بحيث يمكن اعتبار العقد والوصية فى نطاق التصرفات القانونية · بينما الميراث والالتصاق والشفعة والحيازة قد تدخل فى نطاق الواقعة القانونية ؛ بينما الاستيلاء يمكن اعتبار مصدره المباشر هو القانون ·

الباب الرابع

مباشرة الحق (التعسف فى استعمال الحق)

لصاحب الحق أن يفيد من حقه ، باستفادته بما يخوله من مزايا ٠

فيما سبق ، كان يترك لصاحب الحق حرية كاملة فى الاستفادة من حقه ومن مباشرته ، طالما التزم الحدود المادية لحقه ، دون أن يقف فى سبيل الاضرار التى قد تصيب الغير من جراء هذه المباشرة ٠

هذا ما دعا القانون الفرنسى ، والقانون المدنى المصرى القديم الى تعريف حق الملكية بأن « الملكية هى الحق فى الانتفاع والتصرف فى الاشياء بطريقة مطلقة الى أبعد حدود الاطلاق ٠٠»

بظهور النزعة الاجتماعية أصبح يقيد صاحب الحق فى مباشرته لحقه ليس فقط بالالتزام بالحدود المادية للحق (١) وانما كذلك بضرورة الالتزام بالوظيفة الاجتماعية له أى بالغرض الذى من أجله يقرره القانون (٢) ٠ اذ الحق لا يمنح فقط وفاء بالحاجات الانانية للفرد وانما كذلك لتحقيق الخير للجماعة كلها ٠ من هنا نشأت فى عالم القانون نظرية التعسف فى استعمال الحق ٠

حالات الاستعمال غير المشروع للحق : -

نصت م ٥ مدنى على أنه « يكون أستعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الآتية : -

---

(١) بالنسبة لمالك الارض ليس له أن يبنى خارج حدود أرضه ٠

(٢) كما اذا قام مالك الارض بالبناء على أرضه - ملتزما حدود أرضه - بطريقة لا يقصد منها الا الاضرار بالجار ٠

أ - اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير ٠

ب - اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ٠

ج - اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة ٠

على ذلك هناك حالات ثلاث يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع : -

١ - قصد الاضرار بالغير : -

ويتحقق بتمحض قصد الاضرار بالغير فى استعمال الحق ٠ لا ينفى هذا تحقق مصلحة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلا ٠ مثال ذلك زرع أشجار كثيفة على حدود أرضه حجبا للضوء عن الجار ٠

ويستخلص القضاء قصد الاضرار من انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه ٠

٢ - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذى يحيق بالغير : -

ذلك يتحقق فى حالة ما اذا كانت المصلحة ، من وراء أستعمال الحق تافهة بالقياس الى الضرر الذى يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا ٠ من ذلك تخير مالك البناء اقامة المدخنة بحيث تضر بالجار ٠ كذلك ما يقرره المشرع فى م ٢/٨١٨ مدنى « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » ٠

٣ ـ عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق : ـ

لا يكفى أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهـرة أو ذات قيمة ـ ولو كبيرة ـ من استعماله لحقه . بل يجب أن تكون مشروعة . مثـال ذلك المالك الذى يطالب باخلاء المنـزل من مستأجره بحجة حاجتـه الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجـرة فوق ما يسمح به القانـون واخفاقه فى ذلـك .

تم بحمد الله

الكتاب الثانى

الالتزامات

دكتور
محمد حسين منصور

المصادر ـ الاحكام ـ الاثبات

مقدمة

مركز نظرية الالتزام فى القانون المدنى

القانون المدنى هو القانون الذى ينظم علاقات الافراد بعضها ببعض ، وهو ينقسم الى قسمين رئيسيين : قسم الاحوال الشخصية وقسم المعاملات ٠

واذا كانت قواعد الاحوال الشخصية تنظم علاقة الفرد باسرته ، فان قواعد المعاملات هى التى تنظم علاقة الفرد بغيره من الافراد من حيث المال (١) ٠

والحق الشخصى باعتباره رابطة بين شخصين ، اذا نظر اليه من الجانب الايجابى سمى حقا ، واذا نظر اليه من الجانب السلبى سمى التزاما ٠ فهو حق دائنيه لصاحبه (الدائن) على شخص معين (مدين - ملتزم) ٠ وهو من الحقوق المالية أى التى تقوم بمال ٠

وقبل أن نعرض لفكرة الالتزام ، نعرض لمحة سريعة عن التقنين المدنى المصرى ٠

الاتجاهات العامة للتقنين المدنى :

ولد التقنين المدنى الحالى فى ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ لتبدأ معه مرحلة جديدة من الاستقلال والوحدة الوطنية فى مصر ٠ فقد شهد مع ميلاده وحدة القانون المصرى وقضاءه بعد ان كان هناك نوعين من القوانين وآخرين من المحاكم : أهلى ومختلط ٠

---

(١) السنهورى ، الوسيط ج ١ ص ١٣٣ ٠

وقد استقى القانون المدنى احكامه من عدة مصادر مختلفة حتى يكون انعكاسا وصورة صادقة لتطور الظروف الاجتماعية وللتقدم القانونى الحديث (١) ٠

فهو قد ابقى على كل ما هو صالح من مبادىء التقنين المدنى القديم ، بعد ان هذب صياغة هذه القواعد وعدلها باضافة كل ما انتهى اليه اجتهاد الفقه والقضاء من خلال التطبيقات العملية ٠

واعتمد القانون كذلك على الشريعة الاسلامية الى حد بعيد بين مصادره فجعلها مصدرا عاما يرجع اليه القاضى اذا لم يجد حكما فى التشريع أو العرف ، وجعلها مصدرا خاصا لطائفة لا يستهان بها من احكامه ٠ وعكس ما هو شائع بين الكثير من العامة ان احكام القانون تعتبر مخالفة لاحكام الشريعة الاسلامية ، فان هذه الاحكام لا تخالف فى الكثير أو القليل احكام الشريعة الغراء ، ولعل النص الوحيد الذى يمكن أن يثير الجدل هو المتعلق بالفوائد ، وتلك مسألة محل خلاف كبير بين فقهاء الشريعة أنفسهم ٠

والمصدر الثالث الذى استقى منه التقنين المدنى بعض احكامه هو التقنينات الحديثة بوجه عام ٠ اذ من الطبيعى الاستفادة بما وصل اليه الآخرون من تقدم ٠ وانتقاء ما يلائم الواقع الاجتماعى المصرى ٠ ومن خلال دراسة مقارنة شاملة حاول المشرع الاستفادة من هذه التقنينات وتلافى عيوبها ٠ وأهم هذه التقنينات : المشروع الفرنسى الايطالى ، التقنين السويسرى ، التقنين الالمانى ، التقنين البولونى ٠ فهو لم يكتف بالتقنينات اللاتينية وحدها ، بل واستفاد كذلك من التقنينات الجرمانية (٢) ٠

لذلك جاءت احكام القانون المدنى متسمة بالاعتدال والتطور ، فهو يقف موقفا وسطا بين الاتجاه اللاتينى المشبع بروح الفردية (مبدأ سلطان الارادة ، الملكية المطلقة) وبين الاتجاه الجرمانى الاقرب

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ١ ص ١١٩ ٠
(٢) نفس المرجع ٠

الى روح الشريعة الاسلامية المشبع بروح الجماعة ومن ثم يضع قيودا كثيره • على الفرد لصالح المجتمع • فهو يتوسط بين المذهب الشخصي والمذهب المادى فى أغلب احكامه • وسنرى ذلك جليا من خلال الدراسة فالاعتراف بالملكية الفردية لا يمنع من وضع قيود عليها لصالح الافراد والجماعة • فالمالك يستطيع الاستفادة بملكه دون اضرار بالآخرين وعلى أن يكون هذا الانتفاع فى حدود ما يعود بالنفع على المجموع • وكذلك للافراد حرية التعاقد والمعاملات على شرط ألا يخالف ذلك النظام العام والآداب ومقتضيات الخطة الاقتصادية للدولة •

وجاء التقنين المدنى كذلك حاملا بين طياته عوامل المرونة والتطور ، وذلك من خلال المعايير المرنة والسلطة التقديرية الواسعة التى اعطاها للقاضى ، حتى يجعل احكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف وما يتغير من ملابسات واحوال على ضوء الواقع الاقتصادى والاجتماعى • كسلطة القاضى فى تعديل شروط العقود واكمالها وتقدير التعويض حسب نوع الضرر الى غير ذلك من احكام •

هذا بالاضافة الى بحثه عن الاستقرار عن طريق الاخذ بالمعايير الموضوعية الى جانب المعايير الذاتية • مثل عناية الرجل المعتاد كمعيار موضوعى اخذ به القانون فى كثير من المسائل التى يلتزم فيها الشخص بحراسة شىء معين أو بالمحافظة عليه (١) •

أهمية نظرية الالتزام وتطورها :

الالتزام باعتباره رابطة قانونية يلتزم بمقتضاها شخص باداء معين نحو شخص آخر ، يشكل حجرا أساسيا فى صلب الحياة العملية من خلال تعامل الافراد ومعاملاتهم • لذا كانت نظرية الالتزامات من أهم النظريات القانونية وأكثرها ارتباطا بالواقع •

يرجع بناء نظرية شامخة للالتزامات الى تطور الحياة

---

(١) نفس المرجع ٦ ص ١٥ ، السنهورى ص ١٢٠ •

الاجتماعية والاقتصادية والادبية من جهة والى الفكر الانسانى من جهة أخرى ٠

فقد تطورت نظرية الالتزامات تطورا ملحوظا فى العصر الحديث نتيجة ظهور النظريات والافكار الاجتماعية من ناحية وبناء على تغير الحياة الاقتصادية والتقنية من جهة أخرى ٠

ادى ظهور النظريات الاشتراكية والتضامن الاجتماعى الى الحدمن المذهب الفردى وتطرفه ، فلم تعد الارادة تتمتع بالحرية الكاملة لعقد ما تشاء من عقود ووضع ما ترتضيه من شروط ، ذ تتدخل الدولة حاليا لحماية الطبقات الضعيفة وبصفة خاصة العاملة ، اذ فرضت الكثير من الشروط لصالح العمال فى عقود العمل كالتأمين الاجتماعى والحد الادنى للاجر وعدم الفصل التعسفى ٠ وكذلك التدخل فى عقود الايجار لحماية المستأجرين ، ومنح القاضى سلطة تعديل عقود الاذعان ٠

وكان لتطور الحياة الاقتصادية والفنية أثرا ملحوظا على نظرية الالتزامات ، فقد ادى استعمال الآلات الى زيادة فكرة المخاطر وتغيير احكام المسئولية التعاقدية عن طريق نظام التأمين ٠ وادى ظهور المشروعات الاقتصادية الى خلق أنواع جديدة من العقود والى مكنة تعديل هذه العقود حسب التغييرات الاقتصادية ٠

مضمون نظرية الالتزام :

لعل أول ما يتطرق الى ذهن الانسان للتعرف على ظاهرة من الظواهر هو محاولة تحديد مصدرها قبل أن يتبين ملامحها وما تتميز به من خصائص واحكام ٠

فدراسة الحق أو الالتزام تقتضى منا التعرف على مصدره أو السبب المنشىء له ٠ **ومصادر الالتزام** طبقا للتقنينات الحديثة خمسة هى : العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون ٠

فالتزام المدين بدين معين برد هذا الدين الى الدائن ، مصدره عقد القرض المنعقد بينهما ، والتزام قائد السيارة بتعويض المصاب عن حادث نشأ عن الخطأ فى قيادة هذه السيارة ، مصدرة العمل غير المشروع • والتزام من تلقى منفعة مادية لا حق له فيها برد قيمتها الى صاحبها مصدره الاثراء بلا سبب ، والتزام من اعلن عن جائزة لمن يقوم بعمل معين ، مصدره الارادة المنفردة لصاحب الاعلان ، والتزام الاب بالنفقة على اولاده مصدره الانون •

وتلك المصادر الخمسة يمكن تقسيمها اما الى تصرفات قانونية واما الى وقائع قانونية •

واذا كان التصرف القانونى هو اتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى معين ، فان ذلك ينطبق على كل من العقد والارادة المنفردة والقانون •

واذا كانت الواقعة القانونية هى واقعة مادية يرتب عليها القانون أثرا معينا ، فان ذلك ينطبق على كل من العمل غير المشروع والفعل النافع أو الاثراء بلا سبب •

بعد دراسة مصادر الالتزام تأتى المرحلة الثانية وهى التعرف على احكامه • أى تحديد معالم **واحكام الالتزام** •

ودراسة احكام الالتزام تتضمن معرفة آثاره ، وأوصافه ، وانتقاله وانقضاؤه • ويتطلب ذلك أخيرا تحديد جزء خاص لمعرفة اثبات الالتزام ، ولكن نظرا لاهمية الاثبات وتخطى نطاقه مجال الالتزامات ليشمل كثير من الموضوعات القانونية ، فقد فضلنا تحديد القسم الثالث من هذا الكتاب لدراسة احكامه وذلك بعد أن نكون قد عرضنا فى القسمين الاول والثانى لكل من مصادر الالتزام واحكامه •

ثانيا : ـ توافق الا رادتين (الايجاب والقبول)

يتكون العقد بالتقاء ارادتين على الاقل تهدفان الى ترتيب آثـار قانونية ، والارادة التى تصدر أولا متضمنة عرض ابرام العقد ، على طرف آخر تسمى « الايجاب » ، والارادة التى تصدر تالية لها متضمنة الموافقة على ابرام هذا العقد تسمى « القبـول » ، وبارتباط القبول بالايجاب يتم العقد ٠

الايجـــــاب :

الايجاب تعبير عن الارادة موجه الى شخص أو اشخاص آخـرين يعرض عليهم الدخول فى رابطة عقدية وفقا للشروط التى يحددها هذا الايجاب ٠ والايجاب ينبغى أن ينطوى على العناصر الاساسية للعقد وان يكون باتا فهو يختلف عمـا يسبقه من مفاوضات أو دعـوة الى التعاقد أو مجرد اعلان فى الصحف عن سلعة معينة ٠ ولكن ليس من اللازم أن يكون الايجـاب موجهـا الى شخص معين فيمكـن أن يوجه الايجاب الى الجمهور ٠ فعرض البضائع فى نافذة متجر مع بيان ثمنها يعتبر ايجابا موجها لاى راغب فى الشراء ٠

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ان النشرات والاعـلانات وقوائم الاسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الافراد تعتبر فى الاصل دعوة لحث الناس على الايجـاب ، فليس ينصرف حكم النص فى الصـورة التى يواجهها الى الايجـاب النهائى الملزم الذى ينقلب الى ارتباط تعاقدى حتى اقترن به القبول ، وانمـا ينصرف هذا الحكم الى مجرد الدعوة للتقدم بالايجاب ٠ والاستجابـة لهذه الدعوة هى التى تعتبر ايجابا نهائيا ملزما ، تمتـاز عما عداه من ضروب الايجاب بان من وجـه اليه لا يجوز له أ ن يرفضه لغير سبب مشروع (١) ٠

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ .

والاصل فى الايجاب انه غير ملزم بمعنى انه يجوز الرجوع فيه فى أى وقت ما دام القبول لم يقترن به (١) • غير انه فى بعض الحالات يلتزم الموجب بالابقاء على ايجابه ولو الى مدة محددة حتى يستطيع من يوجه اليه الايجاب ان يعتمد عليه وان يرتب شئونه وذلك نظرا لان حاجة المجتمع فى العصر الحاضر تقتضى توفير الثقة فى التعامل واستقرار المعاملات •

ويكون ذلك عندما يحدد الموجب فى ايجابه مدة معينة لصدور القبول فهنا يلتزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد ، فاذا انقضت هذه المدة دون أن يقترن القبول بالايجاب ، فان الايجاب يسقط من تلقاء نفسه • وكذلك الحال فى الامور التجارية حيث يقضى العرف بالتزام الموجب بالابقاء على ايجابه خلال مدة معقولة • وتحديد المهلة يترك لتقدير القاضى على ضوء الظروف التجارية •

اقتران القبول بالايجاب :

القبول هو التعبير اللاحق للايجاب ، حاملا ارادة مطابقة لارادة الموجب ، مضمونها قبول العقد المعروض والرغبة فى ابرام العقد (٢) •

والاصل ان التعبير عن الارادة (القبول) يقتضى موقفا ايجابيا (صريحا أو ضمنيا) ممن يعبر عن ارادته ولذا فان السكوت لا يعد تعبيرا عن الارادة اذ لا ينسب لساكت قول (٣) • ولكن المشرع أعتد بالسكوت فى الحالات التى يقترن فيها بملابسات تجعل منه قبولا • ولهذا تقضى المادة ٩٨ من القانون باعتبار السكوت بمثابة قبول للتعاقد اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين • مثال ذلك تاجر التجزئة الذى يرسل فى طلب بضاعة من تاجر الجملة الذى يتعامل معه • ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر هذا قبولا منه لطلب تاجر التجزئة وينعقد العقد • وكذلك الحال اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ، كالهبة التى توجه الى شخص فيسكت عن الرد ، فيحمل

---

(١) عبد الحى حجازى فقرة ٣٣٢ ، بهجت بدوى فقرة ٦٦ •
(٢) توفيق فرج ص ٨٦ •
(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٧ •

سكوته على أنه قبول لها • وأخيرا يعتبر السكوت قبولا اذا دلت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى على ذلك • مثال ذلك حالة ارسال البنك لعميله كشفا بالحساب فيسكت عن الاعتراض عليه مدة كافية ، اعتبر ذلك قبولا منه لهذا الحساب •

ويجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب بكل عناصره وشروطه حتى ينعقد العقد • فاذا جاء القبول مشروطا أو مقيدا أو مخالفا للايجاب على ايه صورة ، كان هذا بمثابة رفض له ، ويعتبر ايجابا جديدا ، لا يتم العقد الا اذا قبله الطرف الآخر الذى صدر عنه الايجاب أولا •

وتنص المادة ٩٢ على انه اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد اهليته قبل أن ينتج التعبير أثره • فان ذلك لا يمنع من ترتب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل • وعلى ذلك فالتعبير عن الارادة ، سواء كان ايجابا أم قبولا ، يكون له أثره ولومات من صدر عنه أو فقد اهليته ، ما لم تكن شخصية المتعاقد محل اعتبار خاص فى العقد •

وطبقا لنص المادة ٩٩ فان طرح الشيىء للمزاد ليس هو الايجاب ولكنه دعوة فقط للتعاقد اما الايجاب فهو العطاء الذى يقدمه كل متزايد • والقبول هو رسو المزاد على صاحب هذا العطاء • ويترتب على ذلك انه لا يجوز ارساء المزاد الا على أعلى عطاء لان كل عطاء آخر أقل منه قد سقط فلا وجود له •

وتنص المادة ١٠٠ على ان القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (١) •

---

(١) الصده ، عقود الاذعان ، رسالة ، القاهرة ١٩٤٦ ، الاعمال التحضيرية ج ٢٠ ص ٦٩ •

ثالثا : ـ التلاقى التمهيدى أو غير البات للارادتين

الوعــــد بالتعاقــــد : ـ Promesse de Contrat

يحدث كثيرا فى الحياة العملية أن يعد شخص شخصا آخر بابرام عقد فى المستقبل اذا اظهر الموعود له رغبته فى ذلك خـلال المدة المتفق عليها • فقد يعد صاحب شقة ما شخص معين بتأجيرها له اذا رغب فى ذلك خلال مدة معينة •والوعد بالتعاقد هو عقد يتم بايجاب وقبول ولكنه ملزما لجانب واحد فقط هو الواعد ، أما الموعود له فلا يلتزم بشىء(١)•

ويشترط لابرام عقد الوعد تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه فان كان وعدا بالبيع وجب تحديد الثمن والشروط الاخـــرى الاساسية فيه • وينبغى أن تحدد للوعد مدة يلتزم فيها الواعد بوعده ويجوز ان يعبر فيها الموعود له عن ارادته • ويشترط كذلك فى الحالات التى يكون العقد الموعود به شكليا كعقد رهن رسمى أو عقد هبة، ان يتم الوعد فى نفس الشكل الذى يطلبه القانون للعقد المراد ابرامه •

وفى حالة اخلال الواعد بالتزامه يكون للموعود له مقاضـــاته واستصدار حكم بالتعويض ، أما اذا كانـت الشروط اللازمة لتمـام العقد قائمة كان للموعود له أن يلجأ الى القضاء ليصدر حكما يقـــرر قيام العقد (المادة ١٠٢) •

التعاقد بالعربون

العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد وذلك اما بقصد تمكين كل منهما من العدول عن العقد مقابل خسارة المبلغ الذى دفع أو قيام من تسلم هذا المبلغ برد ضعفه اذا عدل ، واما بقصد تأكيد انعقاد العقد أى للدلالة على أن التعاقد قد أصبح نهائيا • ويسمى العربون فى الحالة الاولى بعربون العدول أما فى الحالة الثانية فيسمى بعربون الاثبات •

---

(١) بهجت بدوى فقرة ٦٧ •

وطبقا للقانون المصرى فان العربون يعتبر وسيلة للعـدول عن العقد · فاذا عدل من دفعه فقده واذا عدل من قبضه وجـب عليه رده ومعه مثله · هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر · ولكن ليس هناك ما يمنع من اتفاق الاطـراف على العكس أى اعتبار العـربون قسـطا معجلا (١) ·

وقد قضت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين الى الآخر عند انشاء العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه ان يحولا عقدهما مبرما بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان ان يجعلا لكل منهما الحق فى امضاء العقد أو نقضه ، ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى اعطاء العربـون حكمه القانونى ، وعلى ذلـك اذا استخلص الحكم من نصوص العقد ان نية العاقدين انعقدت على تمامه ، فان المبلغ الذى وصـف فيه بأنه عربـون ماهو فى الواقـع الا قيمـة التعويض الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير احد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به (٢) ·

وان دفع العربون وقت تحرير العقـد الابتدائى يعد دليـلا على جواز العدول ، امـا اذا دفع عند تحرير العقـد النهائى فلا يجـوز العدول (٣) ·

رابعا : ـ النيابة فى التعاقد
Représentation

الاصل ان يعبر الشخص عن ارادته بنفسه بقصد ابرام تصرفات لحسابه ، ولكن كثيرا ما يحدث ان ينوب عنه فى ذلك شخص آخر ·

---

(١) انور سلطان ص ٣٠٨، عبد الحى حجازى ص ٣١٢ ، الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٨٨ نقض ٢٦ فبراير ١٩٧٠ س ٢١ ص ٣٤٤ ·
G. Goubeaux P: 666

(٢) نقض ٢١ مارس ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ ص ١٣٢ ·

(٣) م · استئناف مصر ٢١ فبراير ١٩٢٤ المجمـوعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٠٩ ·

فالنيابه هى قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الاصيل فى ابرام تصرف قانونى لحساب الاصيل ٠

ويسمح نظام النيابة للاشخاص الذين لا يستطيعون مباشرة عقد معين بذواتهم ، سواء لتغيبهم أو لكثرة مشاغلهم أو لعدم خبرتهم بأن تجرى معاملاتهم مع الغير عن طريق شخص ينوب عنهم فى ذلك ٠ واحيانا يكون صاحب المصلحة عديم التمييز بسبب السن أو الجنون أو ان يكون ناقص الاهلية بسبب السفه أو الغفلة ٠ ومثل هذا الشخص لا يكون أهلا للتصرف فى حقوقه ولذلك لابد من تعيين نائب له يحل محله فى ادارة شئونه ٠ وقد تكون النيابة أمرا ملائما وعاملا من عوامل سرعة المعاملات وسهولتها ، وهو وأمر ضرورى للنشاط الاقتصادى فى المجتمع ٠

والنيابة لا تجوز الا فى الاعمال القانونية ، وهى قد تكون اتفاقية أى نتيجة اتفاق بين شخصين على أن يكون لاحدهما تمثيل الآخر فى التصرفات أى عن طريق توكيل شخص لآخر ٠ وقد تنشأ النيابة نتيجة لقرار قضائى كما يحكم بتعيين حارس قضائى (نيابة قضائية) ٠ كما تنشأ النيابة بحكم القانون كما فى حالة نيابة الاب عن ابنه القاصر (نيابة قانونية) (١) ٠

شروط النيابة :

وثبوت نيابة شخص عن آخر ، وانصراف آثار تصرفات النائب الى الاصيل ، له شروط يجب توافرها ، حتى تترتب هذه النتيجة ٠

١ - حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل ، يجب أن يكون النائب معبرا عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل ، أى أن ارادة النائب تحل محل ارادة الاصيل فى ابرام التصرف ، لأنه لو اقتصر على أن يعبر عن ارادة الاصيل لم يعد نائبا بل مجرد رسول فالرسول يقتصر على أ ن ينقل نقلا ماديا ما كلفه به الاصيل ، فهو مجرد ناقل لتعبير الغير مثل مصلحة البريد أو التلغراف (٢) ٠

---

(١) انور سلطان ص ٢٣ ٠

(٢) Starck P. 386 — Alex weill P. 79

وطبقا لنص المادة ١٠٤ فانه اذا كانت ارادة النائب معيبة بعيب من عيوب الارادة كغلط أو تدليس أو اكراه ، فان العقد يكون قابـــلا للابطال ولو كانت ارادة الاصيل سليمة من كل عيب · وأيضافانه يعتد بحسن أو سوء نية النائب لا الاصيل ·

٢ - يجب أن يكون التعاقد باسم الاصيل ، فيجب على النائب ان يظهر للغير المتعاقد بانه يتعـاقد باسم الاصيل ، اذ لو تعـاقد مع الغير باسمه هو لما كانت هناك نيابة وانصرفت اليه هو آثار العقــد · وقد يعلن النائب عن صفته عنـد ابرام العقد وقـد يستفاد هـذا من الظروف كالخادم الذى يشترى لسيده (١) · هذا مالم يكن المتعـــاقد الآخر لا يهمه أن تنصرف آثار العقد الى النائب بالـذات أو الاصيل ، اذ يستوى لديه أن يتعامل مع الاصيل أو النائب ، ويتحقق ذلك فيمـا يتم من معاملات بالنقد فى المحلات التجارية ·

٣ - أن يكون تصرف النائب فى حدود نيـابته ، اذ يجب أن يعمل النائب فى الحدود التى رسمها له الاصيل ووفقا للشروط المحددة لذلك · وتلك الحدود يبينها الاتفاق فى حالة الوكالة ويتولى القانون تعيينها فى حالة النيابة القانونية · فلا يتجاوز النائب حدود السلطة المخولة له أو يخالف مضمونها ، ولا يستمر فى العمل بعد انقضاء مدة النيـــــابة ·

ومع ذلك فهناك حالات يلتزم فيها الاصيل قبل الغير رغم خروج النائب عن حدود سلطته مثل حالة النيابة الظاهرة ، كون الغير حسن النية ، وحالة انقضاء النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، وحالة تعذر اخطار الاصيل قبل اتيان التصرف واخيرا عندما يقر الاصيل التصرف الذى اتاه النائب أو يكون للاقرار أثر رجعى ·

---

(١) السنهورى فقرة ٩١ ·

آثار النيابة :

تظهر آثار النيابة فى ثلاثة انواع من العلاقات :

١ ـ العلاقة بين الاصيل والنائب : ويحكم تلك العلاقة المصدر الذى انشأ النيابة فان كانت النيابة اتفاقية عين العقد مدى التزامات النائب وحقوقه قبل الاصيل ، وان كانت قضائية أو قانونية عين القانون أو حكم القاضى طبيعة العلاقة بين الاطراف ٠

٢ ـ العلاقة بين النائب والغير : ان تعاقد النائب باسم الاصيل يجعل التصرف الذى يبرمه غير منتج لاى أثر بالنسبة اليه شخصيا ، وبناء على ذلك لا يكسب النائب أى حق ولا يلتزم بأى دين من التصرف أو العقد المنعقد ٠ وينصرف أثر التعامل الى الاصيل فلا يجوز أن يطالب الغير بشىء ولايجوز للغير أن يطالب النائب بشىء (١) ٠

٣ ـ العلاقة بين الاصيل والغير : تنشأ بين الاصيل والغير علاقة مباشرة نتيجة التصرف الذى ابرمه النائب ، وتولد الحقوق والالتزامات بين الغير والاصيل مع اختفاء شخص النائب من بينهما ٠

تعاقد النائب مع نفسه :

هل يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه ؟ ويتحقق ذلك فى صورة النيابة البسيطة وفيها يكون النائب مكلفا ببيع شىء مملوك للاصيل فهل يجوز للنائب أن يشتريه لنفسه ؟ ويتحقق ذلك فى صورة النيابة المزدوجة ومثالها أن يكون هناك وكيل بالعمولة مكلف من أحد عملائه بان يشترى اسهما ومكلف من عميل آخر بأن يبيع اسهما من نفس النوع المكلف بشرائه ، هل يجوز أن يشترى من هذا لذاك ؟

يصعب القول بذلك من الناحية الفنية اذ لا يوجد سوى شخص واحد بينما يتطلب العقد وجود ارادتين على الاقل ٠ هذا بالاضافة الى

---

(١) Gouget, Théorie du Contrat avec soi même Caen 1903

الاعتراض العملى اذ أن النائب سيفضل مصلحته على حساب مصلحة الاصيل (١) •

لذلك حرم القانون تعاقد الشخص مع نفسه ، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب الغير • ومع هذا فهناك حالات استثنائية يجوز فيها مثل هذا التعاقد وذلك اذا صدر ترخيص من الاصيل أو اذا أجاز الاصيل مثل هذا التعاقد واخيرا يجوز تعاقد النائب مع نفسه فى الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك أو ما تقضى به قواعد التجارة مثل جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معا •

المطلب الثانى

المحل L'objet

محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين ، وهو اما أن يكون اعطاء شىء أى نقل حق عينى على شيىء ، واما ان يكون اداء عمل ، واما ان يكون امتناعاعن عمل • ونظرا لان محل العقد هو انشاء الالتزامات امكن القول بأن المحل ركن فى العقد مع انه فى الحقيقة ركن فى الالتزام لا فى العقد ، فمحل العقد هو فى الحقيقة العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء العقد •

وعلى ذلك فان الكلام فى شروط المحل ينظر فيه اصلا الى ما يجب توافره من شروط فى محل الالتزام (العمل أو الامتناع) وينظر فيه احيانا الى الشيىء الوارد عليه الحق العينى الملتزم بنقله أو المتعلق به العمل أو الامتناع المتعهد به ، وذلك مثل تحديد الشروط اللازم توافرها فى الشيىء المبيع •

شروط المحل :

١ - ينبغى أن يكون المحل أمرا ممكنا أو شيئا موجودا أو

---

(١) توفيق فرج ص ١١٦ ، السنهورى فقرة ٩٥ •

قابلا للوجود، فعدم وجود محل الالتزام يستلزم انتفاء وجود العقد ·

فاذا كان محل الالتزام اداء عمل أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون هذا المحل ممكنا فان كان مستحيلا ، كان العقد باطلا (١) · والاستحالة التى تؤدى الى بطلان العقد هى الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية · ومثال الاستحالة النسبية التى لا تؤثر فى صحة العقد ان يتعهد مقاول بتنفيذ عملية انشائية كبيرة تتخطى بكثير حدود امكانياته المادية والفنية ، فهنا الاستحالة تكون شخصية لانها اذا كانت تقوم بالنسبة لشخص فلا تقوم بالنسبة لغيره · أما الاستحالة المطلقة فهى استحالة موضوعية ، قد تكون مادية مثل التزام الجراح باجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد ، وقد تكون قانونية مثل الالتزام بتسليم سلعة اجنبية تمنع البلد المنتجة لها تصديرها الى الخارج ·

أما اذا كان محل الالتزام نقل حق عينى عى شيىء (التزام باعطاء) ، وجب أن يكون هذا الشيىء موجودا وقت التعاقد · فمن يبيع منزل ، يتبين هلاكه قبل ابرام العقد ، فان العقد يقع باطلا لعدم وجود المحل · أما اذا وجد محل الالتزام وقت العقد وهلك بعد ذلك ، فان العقد ينعقد ، ولكن تنفيذه يكون مستحيلا فينفسخ العقد (٢) ·

ويجوز ان يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، فالتعامل على اشياء مستقبلة جائز ، كمن يتعهد بتوريد سلعة معينة ينتجها مصنعه فى المستقبل ، وكمن يؤجر شقة لم يتم بناؤها بعد · على انه اذا لم يوجد الشيىء فى المستقبل ، فا نالعقد ينفسخ بعد أن يكون قد انعقد فعلا ·

واذا كان القانون قد أجاز أ نيكو نمحل الالتزام شيئا مستقبلا ، فانه لا يجيزه فى بعض الصور ، مثل عدم جواز رهن المال المستقبل أو هبة الاموال المستقبلة · وقد حرم القانون كذلك التعامل فى

---

(١) أنور سلطان ص ١٢٨ ، بهجت بدوى فقرة ٩٢ ·

(٢) Alex weil P. 253 — Mazeaud n. 253 — G. Goubeaux P. 700

التركات المستقبلة ، فاذا باع الوارث ما سوف يؤول اليه من التركة بعد وفاة مورثه فان مثل هذا التصرف يكون باطلا لانه ينطوى على تعنى المضاربة على حياة شخص حى وهو ما يتعارض مع الآداب • أما اذا كان التصرف من المورث عن طريق الوصية فى حدود ثلث التركة فان هذا جائز ، اذ التصرف بالوصية ليس نهائيا ، فله حق الرجوع فيها (١) •

٢ - ينبغى أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين ، والا كان العقد باطلا • ويكون المحل معينا اذا حدد تحديدا كافيا لبيان عناصره ومضمونه • فاذا كان الالتزام ببيع منزل وجب تحديد موقعه واوصافه• وان كان الشيىء محل الالتزام غير معين بذاته ، ككمية من القمح ، وجب أن يكون معينا بمقداره (كمائة طن مثلا) مع بيان النوع ودرجة الجودة • أما اذا كان محل الالتزام القيام بعمل فيجب توضيح هذا العمل وبيان حدوده ومداه ، وقد يكون تعيين المحل متضمنا فى ظروف المعاملة •

ولا يلزم أن يكون المحل معينا ، بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين حتى يمكن الاتفاق عليه ، وحتى يستطيع المدين الوفاء به • وذلك كبيع الثمار الموجودة فى ارض معينة ، تلك الثمار غير محددة ولكنها قابلة للتعيين عند الجنى •

٣ - ينبغى أن يكون المحل امرا مشروعا أو شيئا مما يجوز التعامل فيه ، فاذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا •

والاشياء قد تخرج عن التعامل بطبيعتها كالاشياء المشتركة مثل الشمس والهواء والماء ، فهذه الاشياء لا يمكن الاستئثار بها فى مجموعها ، ومع ذلك اذا استأثر شخص بجزء منها (كزجاجات المياه) فانها تصلح ان تكون محلا للتعاقد •

---

(١) توفيق فرج ص ١٨٦ ، السنهورى فقرة ٢١٧ •

وقد تخرج الاشياء عن التعامل بحكم القانون حماية للمصلحة العامة كالمال العام مثل الطرق والانهار فهذه الاشياء لا يجوز بيعهـــا أو التعامل فيها . وقد يخرج الشيئ من التعامل لعدم مشروعية ذلك بحكم القانون اى لمخالفته للنظام العام والاداب كما فى بيع المخدرات والربا الفاحش ومباشرة الدعارة .

والنظام العام يعد فكرة مرنة (١) . وهى فكرة تعبر عن الاساس السياسى والاجتماعى والاقتصادى والخلقى الذى يقوم عليه المجتمع ، فهى تتغير بتغير الزمان والمكان . ومن تطبيقات فكرة النظـام العام والاداب . لا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة او تقاضى الرشوة أو التهرب من الضريبة أو ادارة بيت من بيوت الدعارة . فمثل هـــذه الاتفاقات تعد باطلة .

تطبيقات قضـــــائية :

جاء فى المذكرة الايضاحية بأنه يجب أن يكون محل الالتـــزام موجودا وقت التعاقد ، فاذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فـــلا يقوم الالتزام لانعـــدام المحل . وينطبق نفس الحكم من بـــاب أولى اذا كان المحل لم يوجد أصلا ولا يمكن وجوده فى المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية . فاذا كان المحل غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيىء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلا للالتزام بشرط أن يكـــون معينا أو على الاقل قابلا للتعيين (٢) .

وقضت محكمة النقض بانه اذا كان الواقع فى الدعـــوى ان الطاعنين باعا المطعون عليه الاقطان الناتجة من زراعتهما فى ســـنة ١٩٥٠ البالغة ٧٥٠ قنطارا تحت العجز والزيادة ، فان هذا العقد هو تعاقد على بيع محصول فى المستقبل وهو جائز .

وقضت كذلك بان احكام الارث تتعلق بالنظام العام والتحايل على

---

(١) Farjat, l'ordre public économique, Dijon 1961

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠٨ .

مخالفة هذه الاحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة . وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الاصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى انسان الاتفاق على شيىء يمس بحقوق الارث عنه . كاجراء زيادة أو نقصان فى الحصص الشرعية للورثة . فاذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع املاكها على أن يتملكها اذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد . فهذا يعتبر تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وانه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من الحقوق الشرعية فى الميراث ، فهو اتفاق باطل . ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه فى الحال مالا مملوكا له أو يهبه اياه ، فليس هذا تعاملا فى تركة مستقبله ، بل هو تصرف فى مال حاضر .

وقضت بأنه يترتب على نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة انفساخ عقد الايجار من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لسبب اجنبى . ويترتب نفس الشيىء بالنسبة للارض المؤممة (١) .

المطلب الثالث

السبب La Cause

السبب فى العقد هو الغرض الذى من اجله التزم المتعاقد ، هذا الغرض قد يكون مباشرا أى الذى يرمى اليه العاقد من وراء التزامه (السبب القصدى) ويكون هذا السبب بالنسبة للبائع هو الحصول على الثمن ولا يختلف هذا الامر من بائع الى آخر ولا من صفقة الى أخرى .

---

(١) نقض ١٤ يونيه ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ ص ٤٤٩ ، ١١ نوفمبر ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٣٩٤ ، ٢٥ مايو ١٩٦٧ س ١٨ ص ١١٢٩ ، ٢٦ ديسمبر ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٥٦٥ .

ولكن الغرض قد يكون غير مباشر أى السبب الدافع للتعاقد أو الباعث الذى دفع المتعاقد الى ابرام العقد • فهو الباعث النفسى الذى يحمل الناس على البيع والشراء ، وهذا أمر يختلف من شخص لآخر ، فعندما يبيع الشخص قطعة أرض قد يكون الباعث له هو الانفاق أو عمل مشروع أو غير ذلك •

ولقد كانت نظرية السبب محلا لخلافات طويلة فى الفقه (١) ، فالنظرية التقليدية اعتدت بالسبب المباشر (السبب القصدى) وهو سبب الالتزام فى العقد • وهو لا يتغير فى أى عقد من العقود ، على أنه يختلف حسب نوع العقد ، ففى العقود التبادلية يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشترى بدفع الثمن ، وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، كعقد الوعد ، فان سبب الالتزام هو الرغبة فى اتحاد العقد الموعود به ، وفى عقود التبرع فان سبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها : ويلزم أن يتوافر فى السبب شروط معينة هى أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومشروعا •

أما النظرية الحديثة فانها لا تقف عند السبب المباشر ولكنها تعتد بالباعث الدافع الى التعاقد ، وهذا أمر نفسى يختلف من شخص لاخر ومن صفقة لاخرى ، ولا يعتبر سببا للعقد الا ما كان من الدوافع مؤثرا بحيث ما كان ليبرم العقد من غير وجوده • ولا يشترط لصحة العقد الا شرط واحد هو أن يكون الباعث مشروعا (٢) •

ولكن يلزم حتى يعتد بعدم مشروعية السبب أن يكون داخلا منطقة التعاقد أى يعلمه الطرف الاخر او كان فى استطاعته العلم به وذلك حتى لا يكون البطلان مفاجأة للطرف الاخر حسن النية وحتى يتحقق استقرار التعامل • ومن أمثلة ذلك ابطال عقد ايجار يكون الباعث اليه ادارة المنزل للدعارة أو القمار •

---

(١) سليمان مرقص ص ١٢٣ ، السنهورى فقرة ٢٧٤ ، اسماعيل غانم ص ٢٠٨ •

(٢) Capitant, De la cause des obligations n. 173 — Marty et Raynaud n. 192

وقد أخذ المشرع المصرى بالنظريتين معا ، النظـرية التقليدية وهى نظرية سبب الالتزام ، والنظرية الحديثة وهى نظرية سـبب العقد أو الباعث الدافـع الى التعاقد ٠ اذ يلزم لصحة العقـد وجـود سبب الالتزام وان يكون سبب العقد أو الباعث عليه مشروعا (١) ٠ وقد يذكر السبب فى العقد وقد لا يصرح به ، ويعتبر السبب المذكور فى العقد هـ والسبب الحقيقى حتى يقـوم الدليل على ما يخالف ذلـك ٠ ويفترض صحة السبب المذكور مالم يثبت العكس أى عدم مشروعيتـه (م ١٣٧ مدنى) ٠

المبحث الثـــانى

شروط صحة العقـــد

لايكفى توافر اركان العقد أو شروط انعقاده وهى الرضا والمحل والسبب ، بل يلزم لكى يقع العقد صحيحا غير قابل للابطال ان يكـون صادرا من اشخاص يتمتعون بالاهلية اللازمة لعقده وان يكون الرضى سليما أى خاليا من العيوب ٠

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الهـــدايا التى يقدمها أحـد الخاطبين للآخر ابان الخطبة ومنها الشبكة ، تعتبر من قبيـل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام القانون المدنى ، ولما كـــان السبب ركنا من اركان العقد وينظر فى توفره أو عدم توفره الى وقت انعقاد العقد وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فانه لا يمكـــن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده ، ومن ثم فاذا كانـت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فان فسخها لا يمكن أن يؤدى الى انعدام هـذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة وقائمة رغم العـدول عن الزواج ٠ نقض ٢٦ / ٥ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٩٤٨ ـ وتعيلقنـا على ذات الحكم بالفرنسية فى مجلة مركز الوثائق الفرنسى ١٩٨٢ ٠

المطلب الاول

أهلية التعاقد
La Capacité de Contracter

يشترط أن يتمتع اطراف العقد باهلية التعاقد ، ويقصد بالاهلية هنا أهلية الاداء أى قدرة الشخص على أن يصدر منه تصرف قانونى صحيح أى صلاحيته لان يقوم بابرام العقد المذكور • ولا تكفى اهلية الوجوب أى مجرد صلاحية الشخص لتحمل الالتزامات وتلقى الحقوق ولو لم يباشر ذلك بنفسه (١) •

انعدام الاهلية :

تكون الاهلية منعدمة بسبب السن فى حالة الصبى غير المميز (دون السابعة من عمره) ، أو بسبب عارض مثل الجنون والعته ، وهؤلاء يعدون فاقدى الاهلية ولا يصلحون لمباشرة أى عمل قانونى •

نقصان الاهلية : -

ويتحقق ذلك بالنسبة للصبى المميز (من سن السابعة حتى الحادية والعشرين) ومن فى حكمه وهو السفيه وذى الغفلة • وهؤلاء يصلحون لمباشرة بعض التصرفات القانونية دون البعض الاخر • فالرضا بالنسبة لهم موجود ولكنه غير صحيح •

والقاعدة العامة هى انه بالنسبة للتصرفات المالية النافعة نفعا محضا مثل قبول الهبات من الغير ، تعتبر صحيحة اذا قام بها ايهم : اما بالنسبة للتصرفات الضارة ضررا محضا فانها تقع باطلة بطلانا مطلقا وذلك مثل التبرعات التى تصدر من الصغير • أما عن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مثل البيع والشراء فانها تكون قابلة للابطال لمصلحة الصغير ، ويتمسك بالبطلان الممثل الشرعى لناقص الاهلية ، ويمكن اجازة التصرف عند بلوغ سن الرشد أو اكتمال الاهلية •

---

(١) Starck P. 404 — G. Goubeaux P. 695

الا انه استثناء من ذلك يمكن الاذن للقاصر بادارة بعض امواله أو بالاتجار . وله كذلك التصرف فى اموال نفقته وابرام عقد العمل بشروط معينة (١) .

كمال الاهليـــة : ـ

ويتحقق كمال الاهلية لكل انسان بلغ سن الحادية والعشرين ولم يحكم باستمرار الوصاية عليه ولم يوجد أى عارض من عوارض الاهلية مثل الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة أو غير ذلك مثل الغيبة أو العجز الجسمانى أو الحكم عليه بعقوبة جنائية . ويحق لكامل الاهلية مباشرة جميع انواع التصرفات .

المطلب الثانى

سلامة الرضـــا

لا يكفى مجرد توافر الرضا حتى ينعقد العقد صحيحا ، اذ يلزم أ نتكون ارادة كل من المتعاقدين سليمة خالية مما يعيبها ، والارادة المعيبة هى ارادة موجودة ولكنها غير سليمة أى لحقها عيب من عيوب الرضا وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال . فاذا صدر العقد من شخص مجنون أو معتوه أو من صبى غير مميز كانت الارادة معدومة والعقد باطل بطلانا مطلقا . اما ان كان المتعاقد قد وقع فى غلط أو دلس عليه او كان الرضى قد صدر تحت تأثير اكراه أو استغلال ، فان الرضا يكون موجودا ويقوم العقد ولكنه يكون مهددا بالزوال أى باطلا بطلانا نسبيا ونعرض لعيوب الرضا على التوالى :

أولا : الغلط L'erreur

تعريف الغلط :

الغلط وهم يقوم بذهن المتعاقد فيصور له الامر على غير حقيقته

---

(١) أنور سلطان ص ٤٤ . Carbonier P.85

ويدفعه ذلك الى التعاقد ، بحيث لو لم يكن الغلط ما كان الشخص قد تعـــاقد (١) ٠

وهناك عدة انواع من الغلط :

١ ـ الغلط المانع : وهو يعدم الرضا كلية ويمنع انعقاد العقـد أو بطلانه بطلانا مطلقـا ، وهو يتحقـق اذا تعلق الاعتقـاد الخـاطيء بركن من اركان العقد كطبيعة العقد أو محله أو سببه ، مثال ذلك أن يعتقد احد الطرفين انه يبيع الشيىء الذى يملكه بينما يعتقد الطرف الاخر انه يتلقاه على سبيل الهبة ٠ وكذلك الغلط فى طابق البنـــاء موضوع البيع ٠

٢ ـ الغلط غير المؤثر ، وهو الذى لا يمس صحة العقد لأنـه لا يتعلق باية صفة جوهرية فيه ، فهو غير مبطل للرضا لانه لم يكـن الدافع الى التعاقد ٠ ومثال ذلك الغلط فى صفة عرضية فى الشـيىء مثل نوع الورق بالنسبة لكتاب اشتراه الشخص أو الغلط فى الحساب اذ لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط (م ١٢٣) ٠

٣ ـ الغلط الجوهـرى ، وهـو الغلط الذى يعيب الرضـــا ويجعل العقد قابلا للابطال وهو ما نتناوله بشيء من التفصيل ٠

الغلط الجوهرى :

هو ذلك الغلط الذى يبلغ حدا معينا من الاهمية بحيث يمتنـع معه المتعاقد عن ابرام العقد ولو لم يقع فى هذا الغلط ٠ وطبقا لنص المادة ١٢٠ يشترط لاعتبار الغلط جوهريا أى معيبا للارادة شرطان :

١ ـ أن يكون الغلط جوهريا (٢) أى لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد ، انه الغلط الدافع ٠ ومن امثلة الغلط الجوهرى ، الغلط فى

---

(١) أنور سلطان ص ٩٠ ٠
(٢) جمال ذكي ص ١١٩ ٠
Ghestin P. 307 — G. Goubeaux P. 678.

صفة جوهرية ، كغلط الشخص في اوصاف قطعة ارض اشتراها ، والغلط في ذات المتعاقد أو في صفة رئيسية فيه ، كمن يشترى لوحة معتقدا انها من رسم فنان مشهور وهي ليست كذلك ، يعتد كذلك بالغلط في القيمة والغلط في الباعث اذا كان كل منهما جوهريا أي دافعا الى التعاقد • ونفس الشيء بالنسبة للغلط في القانون ، كمن يهب مالا لمطلقته معتقدا انها لا زالت في عصمته ، بينما هي في الواقع لم تعد كذلك ، والاعتداد بالغلط في القانون لا يقصد به استبعاد تطبيق القانون بل على العكس اعماله وتطبيقه •

وينبغي أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهريا ، ولا يتحقق ذلك الا اذا دفع من وقع فيه الى التعاقد ، ومؤدى هذا ان يناط تقدير الغلط بمعيار شخصي • وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسي في هذا الشأن الى تطبيقات ثلاثة تقررت في نصوص المشرع : أ ـ أولها يتعلق بالغلط الذى يقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية • وفي هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهري بعامل شخصي هو حسن النية وبعامل مادى قوامه الظروف التى لابست تكوين العقد • ب ـ والثاني يتصل بالغلط الواقع في ذات شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته اذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسي في التعاقد • والمعيار في هذا الفرض شخصي بحت • ج ـ والثالث خاص بالغلط الواقع في أمور يعتبرها من يتمسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقا لما تقضي به النزاهة في التعامل • وقد تنطوى صورة الغلط في الباعث في هذا التطبيق الثالث • بيد انه يتعين الرجوع عند الاثبات الى عنصر موضوعي أو مادى بحت ، هو عنصر نزاهة التعامل • ويتضح من ذلك ان تقدير الغلط ، وان كان قد نيط بمعيار شخصي بحت ، الا انه تيسير الاثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة فيها الشخصي والمادى (١) •

ومن التطبيقات القضائية ، ان الغلط في شخصية المتعاقد أو

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٣ •

صفته لا تتوافر لمجرد عدم ادراج اسمه وقت التعاقد فى نقابة المهن الهندسية ما دام قد ثبت انه كان مصرحا له بمزاولة مهنة مهندس معمارى (١) .

٢ ـ يشترط كذلك أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع فى نفس الغلط او أن يكون على علم به أو من السهل عليه أ ن يتبينه ، أى ينبغى أن يكون الغلط مشتركا . ويقصد بهذا الشرط التوفيق بين اعتبارات العدالة ودواعى استقرار المعاملات ، وذلك بتجنب مفاجأة المتعامل مع الغالط ببطلان لا يدرى عن اسبابه شيئا . أى ينبغى أن يتحقق موضوع الغلط فى النطاق العقدى أى دخوله فيما يتم الاتفاق عليه أو فيما يفترض الاتفاق عليه بين الغالط والمتعامل معه ، اما اذا كان الغلط فرديا فلا يجوز الطعن فى العقد على اساسه ولو كان غلطا جوهريا (٢) .

اذا توافر الشرطان السابقان امكن التمسك ببطلان العقد لتعيب الارادة بعيب الغلط ، ومع ذلك فانه لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية ، فاذا أظهر المتعاقد الآخر استعداده لان ينفذ العقد بالطريقة التى تتفق مع مضمون واوصاف العقد الذى كان يقصد المتعاقد الاول ابرامه وجب ان يبقى هذا الاخير ملزما بذلك العقد (م ١٢٤) .

ثانيا : ـ التدليس Le dol

تعريف التدليس :

هو استعمال شخص طرقا احتيالية لايقاع شخص آخر فى غلط يدفعه الى التعاقد ، أى انه غلط مستثار يقع فيه الشخص تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر . والتدليس يفسد الرضا بسبب ما اوجده

---

(١) نقض ٦ مايو ١٩٥٤ س ٥ ص ٨٤٠ .

(٢) اسماعيل غانم ص ١٠١ .

فى ذهن المتعاقد من غلط دفعه الى التعاقد ، وهو فوق ذلك يعتبر عملا غير مشروع من المدلس يستوجب جزاء آخر هو الزام المدلس بتعويض المدلس عليه عما لحقه من ضرر من جراء ذلك ·

شروط التدليس :

١ ـ استعمال طرق احتيالية ، أى استخدام وسائل مادية من شأنها ان تولد فى ذهن العاقد صورة تخالف الواقع ، والوسائل التى تتكون منها الحيل غير محدودة فكل ما يقع من أفعال وأقوال يترتب عليها وقوع الشخص فى غلط جوهرى يعد من الحيل التدليسية · وهذه الوسائل تختلف بحسب المتعاقد المدلس عليه ، والمعيار هنا شخصى يتوقف على ظروف المتعاقد وسنه وجنسه ودرجة تعليمه ·

والكذب بمفرده قد يكفى لتضليل شخص معين فيعتبر طريقة احتيالية بالنسبة له ، بينما يجب لتضليل شخص آخر استعمال وسائل تضليل بارعة ، بل ان مجرد السكوت أى كتمان وقائع معينة قد يعتبر وسيلة تضليل كافية (١) ·

وينبغى وجود نية التضليل ، فان لم يكن القصد منها هو التضليل لم يكن الغلط الناشىء عنها عائبا لرضاء من يتأثر بها ، فالبائع فى الطريق يطرى بضائعه عادة بوصفها بانها افضل السلع ترويجا لها ومع ذلك لا يعتبر ذلك تدليسا ·

وقد قضت محكمة النقض بانه يشترط فى الغش والتدليس ان يكون ما استعمل فى خداع المتعاقد حيلة ، وان تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانونا · ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر ان التدليس قد توافر فى جانب الطاعنة ـ الشركة البائعة ـ لمجرد انها اعلنت فى الصحف ان الحصة المبيعة تغل ريعا قدره ٣١٫٧٥٠ جنيه شهريا مع علمها انها لا تغل سوى مبلغ ٢٩٫٢٧٣ جنيه وان هذا التدليس وان لم يدفع على التعاقد الا انه اغرى المطعون عليها وزوجها ـ المشترين ـ

(١) توفيق فرج ص ١٤٢ ·
Alex weill P. 180 — Pothier, obligations n. 18

على قبول الارتفاع فى الثمن عن طريق المزايدة ، واذ كان هذا الاعلان وجده مع التسليم بانه غير متفق مع الحقيقة لا يفيد بذاته توافر نية التضليل لدى الشركة وانها تعمدت النشر عن بيانات غير صحيحة بشأن ريع العقار بقصد الوصول الى غرض مشروع وبالتالى فانه لا يكفى لاعتباره حيلة فى حكم القانون (١)

٢ ـ صدور التدليس من العاقد الآخر أو علمه به على الاقل • فلا يشترط صدور التدليس من المتعاقد الآخر بل يكفى أن يكون داخلا فى منطقة العقد بان يكون الطرف الاخر على علم به أو من السهل عليه تبينه ، ولو كان الذى يقوم به شخص اخر غيره •

٣ ـ كون التدليس دافعا الى التعاقد ، أي ان تكون الحيل المستعملة دافعة الى التعاقد ، أى من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثانى العقد • ومعيار الجسامة هنا شخصى يخضع لتقدير القاضى الذى يراعى فيه ظروف المدلس عليه • مثال ذلك ان يتفق من يعرض شيئا فى مزاد علنى مع شخص آخر على أن يتقدم فى هذا المزاد بعطاءات وهمية ليحمل المزايدين الحقيقيين على رفع عطاءاتهم •

ثالثا : ـ الاكراه La Violence

تعريف الاكراه : ـ

هو الضغط المادى أو الادبى المولد فى نفس الشخص رهبة تدفعه الى التعاقد • فارادة المكره تعوزها الحرية • والذى يعتد به فى حالة الاكراه ليس هو الافعال أو الوسائل المستعملة بل الحالة النفسية التى ادت اليها وهى الرهبة الدافعة الى التعاقد • فالمكره هنا تكون لديه الارادة ولكنها معيبة •

والاكراه السابق يختلف عن الاكراه المادى (٢) الذى يصل استعمال وسائل العنف فيه الى درجة تعدم الارادة كمن يمسك بيد اخر ويجبره على التوقيع على سند معين ، فهنا لا نكون بصدد عيب فى

---

(١) نقض ٢١ / ١٢ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٧٩١ •
(٢) السنهورى فقرة ١٨٨ ، اسماعيل غانم فقرة ١٠٩ •

الارادة بل انعدام لها وبالتالى انعدام التصرف ٠

شروط الاكـراه :

يشترط للاكراه العائب للرضاء والذى يجعل العقد قابلا للابطال شرطان :

١ ـ استعمال وسائل لاكراه الارادة بحيث يتحقق معنى الاكراه أى توجد أسباب مؤدية الى الرهبة ٠ وتتحقق تلك الاسباب بالتهديد بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالجسم أو بالشرف أو بالمال ٠ ويشترط ان تكون الوسائل المستعملة فى الاكـراه غير مشروعة ، كالتهـديد بالقتل أو التعذيب أو السب ٠ أما اذا هدد الدائن مدينه بشهر افلاسه اذا لم يسدد الدين فان ذلك لا يعد اكراها لمشروعية الغرض ٠

ولا يشترط أن يكون الخطر محدقا بالمكره نفسه بل قد يكـون محدقا بشخص عزيز عليه كابنه أو والده أو زوجته (١) ٠

ويشترط أن يدخل الاكراه منطقة العقد أى أن يصدر من المتعاقد الآخر أو من شخص اخر ولكن المتعاقد يكـون على علم بذلـك أو من السهل عليه تبين هذا (٢) ٠ ويتحقق الاكـــراه ولو كان ناتجـــا عن استغلال لظروف غير ارادية مثل الجراح الذى يحصل على تعهـد من المريض بدفع مبلغ باهظ مقابل انقاذه من المرض الخطير الذى يلم به ٠

٢ ـ كون الرهبة الناتجة عن الاكراه هى الدافعة الى التعاقد ، اذ لا يكفى ان يولد الاكراه للرهبة بل ينبغى أن تكون هذه الرهبة هى التى حملت العاقـد على التعاقد حتى يعتبـر ان رضاه بالعقـد كـان مشوبا (٣) ٠

ويرجع فى تقدير كون الرهبة باعثة على التعاقد من عدمه الى الظروف الخاصة بالشخص المكره ، فيختلف الرجل عن المرأة ويختلف

---

(١) Mazeaud n. 205 — Starck P. 429
(٢) نقض ٩ يونيه ١٩٧٠ س ٢١ ص ١٠٢٢ ٠
(٣) سليمان مرقص ص ١٦٩ ٠

الشاب القوى عن العجوز الهرم والمتعلم عن الجاهل • ويعتد كذلك بمسائل الشوكة والنفوذ الادبى •

وقد قضت محكمة النقض بانه وان كان يشترط فى الاكراه الذى يعتد به سببا لابطال العقد ان يكون غير مشروع ، مما مفاده انه يجب فى الرهبة ان يكون المكره قد بعثها فى نفس المكره بغير حق ، وعلى ذلك فان الدائن الذى يهدد مدينه بالتنفيذ عليه انما يستعمل وسيلة قانونية للوصول الى غرض مشروع فلا يعتبر الاكراه الذى وقع منه بغير حق • الا انه اذا اساء الدائن استعمال الوسيلة المقررة قانونا بان استخدمها للوصول الى غرض غير مشروع كما اذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد على حقه ، فان الاكراه فى هذه الحالة يكون واقعا بغير حق حتى ولو ان الدائن قد اتبع وسيلة قانونية لبلوغ غرضه غير المشروع •

فاذا كان المطعون ضده - تحت ضغط تهديد الطاعن له بتنفيذ حكم الطرد من العين المؤجرة المستعملة مدرسة ، فى الظروف التى احاطت به ، واعتقادا منه بان خطرا جسيما أصبح وشيك الوقوع بتهديده من هذا الاجراء ، يتمثل فى حرمان التلاميذ من متابعة الدراسة والالقاء باثاث المدرسة فى عرض الطريق والتشهير بسمعته بين اقرانه - قد اضطر الى التوقيع للطاعن على عقد بيع له المبانى التى اقامها على العين المؤجرة - بثمن بخس يقل كثيرا عن قيمتها الحقيقية والى الاتفاق على زيادة اجر العين ، وان الطاعن بذلك قد استغل هذه الوسيلة للوصول الى غرض غير مشروع وهو ابتزاز ما يزيد على حقه، فان ما اثبته الحكم على النحو المتقدم يتحقق به الاكراه بمعناه القانونى (١) •

رابعا : الاستغلال
Exploitation — Lésion

الغبن والاستغلال :

الغبن هو عدم التعادل بين التزامات كل من العاقدين ، أى اختلال

---

(١) نقض ٢٢ يناير ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٢٠٨ ، ٣١ مارس ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٨١٥ •

التوازن بين قيمة ما يلتزم به كل من المتعاقدين (١) ٠

ومن حيث المبدأ فان مجرد عـدم التكافؤ المادى بين الالتـزامات يعتبر غير كاف للمساس بالعقد ، فالغبن لا يعتد به الا فى حالة بيـع عقار لقاصر ٠

اما الاستغلال ، فينظر فيه بالاضافة الى العنصر المادى الموجود فى الغبن ، الى الجانب النفسى ، اذ لا يكفى لتحقق الاستغلال مجـرد اختلال التوازن بين الالتزامات المتبادلة بـل يلزم فضلا عن ذلـك أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف معينة فى الطرف الآخر ٠ اذ يفترض فى الطرف المغبون توافر عيب يؤثر فى سـلامة تقديره للامـور كطيش أو هوى ، وفى الطرف الغابن قصد استغلال ذلك العيب للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة ما يعطيه للطرف المغبون (٢) ٠

ولذلك جعل المشرع الاستغلال عيبا فى الرضاء يبطل العقد فى جميع الحالات متى توافـرت شروطه ، عكس الحـال فى الغبن الذى لا يكفى بذاته لابطال العقد الا فى حالة واحدة نص عليها القانون ٠

شروط الاســـتغلال : ـ

١ ـ العنصر الموضوعى (اختلال التعادل أو اندام المقابل) ، اى ان تكون التزامات احد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ٠ والمقصود بذلك اختلال التعادل اختلالا فادحا وشاذا عن المألوف ٠ وهذا امر يترك لتقدير القاضى على اساس القيمة يوم العقد ولا عبرة بما يطرأ من تغير بعد ذلك ٠

٢ ـ العنصر النفسى ، ويتحقـق اذا استغل أحد الطـرفين الطيش البين أو الهوى الجامح لدى الطرف الآخر حتى يحصـل على عدم التوازن فى قيمة الالتزامـات ٠ ومثال ذلك اسـتغلال المرابـين

---

(١) Ghestin P. 332

(٢) نقض مدنى ١١ مايو ١٩٦٧ س ١٨ ص ٩٧٤ ٠

للطيش البين لدى شاب وارث لشراء اشياء منه بأثمان قليلة ، وكذلك استغلال شابة حسناء للهوى الجامح لدى رجل عجوز فتكتبه عقودا لمصلحتها . والتحقق من الاستغلال يعد من وسائل الواقع التى تخضع لسلطة القاضى .

٣ - ان يكون ابرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال ، أى انه ما كان ليبرم العقد لولا ما وجد به من طيش بين أو هوى جامح وما بذله المتعاقد الآخر لاستغلاله .

جزاء الاستغلال :

اذا كان الجزاء فى حالات عيوب الرضا السابقة (الغلط ، التدليس ، الاكراه) هو ابطال العقد ، فان الامر يختلف قليلا فى حالة الاستغلال . اذ يجوز للطرف المغبون أن يطلب اما ابطال العقد واما نقص التزاماته ، على أن يرفع دعواه فى ظرف سنة من وقت ابرام العقد والا سقط حقه فى ذلك .

فقد اعطى المشرع القاضى سلطة تقديرية ، فهو يملك ان يحكم بانقاص التزامات المتعاقد المغبون او ابطال العقد ، فيمكن للقاضى أن يرفض طلب الابطال ويعدل العقد بالطريقة التى تعيد التوازن اليه من جديد (١) .

ويجب ان ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

---

(١) توفيق فرج ص ١٧٣ ، مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٤٧ .

المبحث الثالث

جزاء شروط الانعقاد والصحة

المطلب الاول

البطلان المطلق والبطلان النسبى

Nullité

فى حالة تخلف أحد الشروط التى تلزم لقيام العقد أى اذا تخلف احد اركانه كان الجزاء هو البطلان ٠ والبطلان هنا مطلق ٠ فالبطلان المطلق هو الجزاء على تخلف ركن من اركان العقد (الرضا ، المحل ، السبب) أو تخلف شرط من شروط هذه الاركان ٠

اما اذا تخلف شرط من شروط الصحة ، كما اذا كان هناك عيب فى الرضى (غلط ، تدليس ، اكراه ، استغلال) أو نقص فى اهلية المتعاقدين ، فان العقد يكون قابلا للبطلان (بطلان نسبى) ٠

ويختلف البطلان عن الفسخ الذى يعد جزاءا على عدم تنفيذ الالتزام الناشىء عن العقد الذى انعقد ونشأ صحيحا ٠ وهو لا يتصور الا فى العقود الملزمة للجانبين ٠

فترد أسباب البطلان المطلق الى تخلف ركن من أركان العقد كعدم توافر الاهلية اطلاقا بفقدان التمييز وانعدام الارادة تفريعا على ذلك أو كانتفاء الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكما ٠ وغنى عن البيان ان تخلف ركن من اركان العقد ، فى حكم الواقع وحكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده ٠ وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق ٠ أما البطلان النسبى فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر اركانه ولكن ركنا من اركانه هو الرضا يفسد بسبب عيب يداخله ، أو بسبب نقص اهلية احد العاقدين ٠ ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان بمعنى انه يبطل اذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضائه العيب او من لم تكتمل أهليته ٠ ومن الجلى ان قابلية العقد للبطلان انما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعتين : الاولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويعتبر

العقد فيها باطلا لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وانما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبى بمقتضى نص خاص فى القانون (١) .

اهمية التفرقة بين نوعى البطلان :

١ ـ **يمكن التمسك بالبطلان المطلق من كل ذى مصلحة** ، أى لكل شخص يكسب حقا تؤثر فيه صحة التصرف أو بطلانه ، كما يجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ، اما البطلان النسبى فيتقرر بالنسبة لاشخاص معينين ، وهم من تعيبت ارادتهم او كانوا ناقصى الاهلية ، ولا يكون لغير هؤلاء التمسك به ، فليس للطرف الآخر فى العقد ان يتمسك بالبطلان (٢) .

٢ ـ لا يمكن أن يزول البطلان المطلق بالنزول عن حق التمسك به ، اما البطلان النسبى فيقبل الاجازة التى ينقلب بها العقد الباطل عقدا صحيحا . والاجازة عمل قانونى من جانب واحد تهدف الى ازالة العيب الذى يلحق العقدعن طريق التنازل عن التمسك بالبطلان . ولكى تقع الاجازة صحيحة يلزم ان يزول العيب الذى يلحق بالعقد اى ان يكون سبب الابطال قد زال وينبغى ان يكون المجيز للعقد على بينة بوجود العيب فيه ، والاجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية تستفاد من اى موقف يدل على ان صاحب الحق فى دعوى الابطال قد تنازل عن حقه . ويترتب على الاجازة ان يصبح العقد صحيحا منذ البداية لا من وقت حصول الاجازة (٣) .

٣ ـ ليس للعقد الباطل بطلانا مطلقا وجود قانونى ويظل كذلك مهما طال عليه الامد لان مضى الزمن لا يمكن أن يحيل العدم وجودا . ولكن تسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد . فعدم سماع دعوى البطلان قرر لاستقرار التعامل ،

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٥ .

(٢) بهجت بدوى فقرة ١٥٧ ، سليمان مرقص فقرة ٢٦٦ .

(٣) Ghetin P. 631
Alex weill P. 359

فاذا نفذ البيع الباطل مثلا ثم اراد البائع ان يتمسك بالبطلان ليسترد المبيع أو المشترى ليسترد الثمن لم تسمع دعواه اذا رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ العقد ٠

اما فى حالة البطلان النسبى فان الحق فى طلب ابطال العقد يسقط اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ، ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الاهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط او التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الاكراه من يوم انقطاعه ٠ واذا انقضت تلك المدة سقط الحق فى التمسك بابطال العقد ويصبح نهائيا وتتأيد آثاره كاملة منذ انعقاده ٠

المطلب الثـانى

آثـار البطلان

العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يرتب أية آثار ، أما عن العقد الباطل بطلانا نسبيا فانه يرتب آثاره الى ان يقضى ببطلانه ، فانه اذا ما قضى ببطلانه ، انسحب البطلان الى الماضى وزال ما رتبه من آثار ٠ وفى هذا الصدد يستوى البطلان المطلق والبطلان النسبى ٠

والقاعدة العامة فى آثار البطلان ان العقد الباطل يزول بالنسبة للمستقبل وبالنسبة للماضى ، فهو لا ينتج آثاره منذ يوم صدور الحكم فحسب بل يعتبر العقد كأن لم يكن وتزول كافة آثاره بأثر رجعى ، واعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد لا بالنسبة للمتعاقدين فحسب بل وايضا بالنسبة للغير الذين اكتسبوا حقوقا من احد طرفى العقد ٠

ولكن تقرير الأثر الرجعى للبطلان واعادة الحال الى ما كان عليه يصادف بعض العقبات من الناحية العملية ٠ ذلك ان العقد يكون قد وجد فى الواقع وانتج عدة آثار مما يصعب ازالتها (١) ٠ ونعرض لتلك الحالات على التوالى ٠

---

(١) أنور سلطان ص ١٧٩ ٠

انتقاص العقد :

فاذا كان العقد باطلا فى شق فيه فهذا الشق وحده هو الـذى يبطل ، ويظل الجزء الباقى صحيحا باعتباره عقدا مستقلا • فقد يكون العقد هبة اقترنت بشرط غير مشروع فهنا يبطل الشرط وتظل الهبة صحيحة (١) •

اما اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا ، أى ان هذا الشق يعتبر جزءا رئيسيا لا يوجد العقد بدونه ، فان العقد يبطل كله (٢) •

تحول العقـد :

قد يوجد بين حطام العقد الباطل عناصر تكفى لتكوين عقد آخر ، فتجمع هذه العناصر ويؤلف منها هذا العقد الذى يرتب آثاره القانونية ، ولكن هذه الآثار ليست هى الآثار الاصلية للعقد الذى قصد الطرفان ابرامه ، بل تعتبر آثارا عرضية بالنسبة اليه ، وهى تنتج عن طريق تحول العقد الباطل الى عقد آخر صحيح •

مثال ذلك اذا لم تستوف الكمبيالة الشروط الشكلية اللازمة فانها تكون باطلة باعتبارها كمبيالة ولكنها تتحول الى سند اذنى متى توافرت شروطه ، والا تحولت الى سند عادى متى وجد التوقيع •

وامر تحويل العقد او انقلابه لا يرد الى مجرد تفسير لارادة المتعاقدين • بل الواقع ان القاضى يحل نفسه محلهما ، ويبدلهما من عقدهما القديم عقدا جديدا يقيمه لهما ويشترط لاعمال احكام التحويل ان يكون العقد الاصيل باطلا أو قابلا للبطلان • فاذا كان صحيحا فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه ان يحل محله عقدا آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما امره • ويشترط كذلك ان تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعا فى العقد الاصيل

---

(١) بهجت بدوى ، آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٣٧٩ نقض ٣ / ٥ / ١٩٦٢ س ١٣ ص ٥٩٥ •

(٢) اسماعيل غانم فقرة ١٤٣ ، الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٦٠ •

الذى قام به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضى على أى تقدير ان يلتمس عناصر انشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الاصيل . ويشترط اخيرا ان يوم الدليل على ان نية المتعاقدين كانت تنصرف الى الارتباط بالعقد الجديد لو انهما تبينا ما بالعقد الاصيل من اسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم ان سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية . فاذا كا نيتولى عن العاقدين اعادة انشاء التعاقد ، الا انه يسترشد فى ذلك بارادتهما بالذات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها ان تحد من اطلاق تقدير القاضى على نحو يتيح تقريب الشقة ما امكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية (١) .

وقد قضت محكمة النقض بان تحول العقد الباطل انما يكون فى حالة بطلان التصرف مع اشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفين الاحتمالية قد انصرفت الى قبوله دون ادخال عنصر جديد عليه . فالتحول يفترض قيام العقد الجديد بين نفس العاقدين بصفاتهما التى اتصفا بها فى العقد القديم فليس فى سلطة القاضى اجراء أى تغيير فى هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول (٢) .

استثناءات من اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد :

اذا كانت القاعدة هى اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد ، الا انه يصعب تطبيق ذلك فى بعض الحالات وبصفة خاصة اذا كان قد تم تنفيذ العقد كله أو بعضه .

١ — استحالة اعادة الوضع الى ما كان عليه فى العقود الزمنية وذلك بسبب طبيعة الالتزامات التى تترتب على تلك العقود ، فهى التزامات ممتدة وما تم تنفيذه لا يمكن محوه أو استرداده ، مثل عقد العمل ، فاذا ما ابطل لا يمكن استرداد العمل الذى تم ويتعين على رب العمل دفع قيمة هذا العمل .

---

(١) الاعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ .

(٢) نقض ٦ ديسمبر ١٩٧٢ س ٢٣ ص ١٣٣٠ ، ٢٩ يناير ١٩٧٠ س ٢١ ص ٢١٣ ، ٢٦ / ١١ / ١٩٧٠ س ٢١ ص ١١٧٦ .

٢ ـ اذا ما تقرر ابطال شركة فان البطلان لا يمكن أن يزيل الوجود الفعلي للشركة بين فترة التأسيس والقضاء بالبطلان ، وتسمى الشركة فى تلك الفترة بالشركة الفعلية او الواقعية ، أما بالنسبة للمستقبل فان الشركة تتوقف وتعتبر كأن لم تكن (١) ٠

٣ ـ رغم الحكم بالبطلان وماله من أثر رجعى بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، الا ان القانون يقرر حماية الغير حسن النية ومن ثم فانه يبقى بعض الآثار التى انتجها العقد فى الماضى بالنسبة للغير حسن النية (٢) ، فمثلا لا يجوز الاحتجاج باسباب البطلان التى تلحق الورقة التجارية قبل حامل الورقة حسن النية ، اذ يجب حمايته بالزام موقع السند بدفع قيمته طالما كان فى الشكل القانونى دون دون عيب ظاهر ٠

(١) G. Goubeaux P. 370

(٢) Ghestin P. 787 - starck P. 505 - Alex P: 358

الفصــل الثــانى

آثـــار العقــد

اذا تم ابرام العقد وفقا لاحكام القانون ، ترتبت عليه جميع آثاره ، فتنشأ فى ذمة المتعاقدين الحقوق والالتزامات التى اتجهت ارادتهمــا اليها ، وتصبح احكام العقد القانون الذى يحكم علاقة طرفيه أى ان العقد يصبح شريعة المتعاقدين ٠

ولا ينحصر أثر العقد فى اطرافه بل يمتد الى من تربطهم صــلة بالمتعاقدين مثل الخلف العام والخلف الخاص والدائنين ٠

واخــلال أى من الاطــراف بالتزاماته الناشئة عن العقــد يجعله مسئولا أمام الطرف الآخر مسئولية عقدية ، لذا يتعين تحديد مضمون العقد عن طريق التفسير حتى يمكن التعرف على حقوق والتزامات كل من الطرفين ٠

المبحث الاول

القــوة الملزمة للعقــد

العقد شريعة المتعاقدين : ـ

تصبح احكام العقد منذ تمــامه القواعد المنظمة لعــلاقة طرفيه ، فلا يستطيع أى من العاقــدين ان يتنصل مما التــزم به ولا أن يغير أو يبدل فى احكام العقد بارادته المنفــردة ، بل يجب على كل منهمــا ان ينفذ ما التزم به فى العقد ٠

والعقد لا يلزم العاقدين فحسب بل يلزم القاضى أيضا بتطبيــق احكامه ، فيجب على القاضى أن يحترم اتفاق المتعاقدين ويمتنع عليه أن يغير أو يبدل فيه (١) ٠

---

(١) السنهورى فقرة ١٧٠ ٠

ويجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية ، فعامل النقل يلتزم بتوصيل البضاعة من اقصر الطرق وبانسب الوسائل ·

الا ان هناك استثناءات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فاحيانا يتدخل المشرع لينظم احكام بعض العقود تحقيقا للعدالة ولاهداف اجتماعية واقتصادية مثل تحديد أجرة الاماكن والاراضي الزراعية ·

ويحق للقاضي في بعض الحالات التدخل لتعديل احكام العقد تحقيقا للعدل بين الطرفين ، مثل سلطة منح المدين نظرة ميسرة وحقه في تعديل العقد بسبب ما يطرأ من ظروف طارئة ·

نظرية الظروف الطارئة :

بالنسبة للعقود المتراخية في التنفيذ أى التي يمتد تنفيذها في الزمان ، كعقد التوريد ، اذا طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين ومهددا بخسارة فادحة ، فان القاضي يمكن ان يتدخل ، طبقا للظروف ومع الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ليعدل الالتزامات المترتبة على هذا العقد بما يرفع الارهاق ويحول دون الخسارة الفادحة · فاذا اتفق في عقد توريد سلعة لمدة سنة على سعر معين · ثم وقعت حوادث استثنائية غير متوقعة وقت العقد مثل الحرب التي رفعت السعر رفعا فاحشا ، وجب اعادة النظر في السعر المتفق عليه وتعديله بما يمنع الخسارة الفادحة التي تلحق المتعهد بالتوريد (١) ·

ويشترط لتعديل العقد بسبب الحوادث الطارئة :

- ان نكون بصدد عقد متراخي التنفيذ أو من عقود المدة ·
- يلزم ان نكون بصدد حادث استثنائي عام أى لا يقتصر على المدين وحده كمرضه ·

---

(١) أنور سلطان ص ٢٤٣ ، نقض ٩ يونيه ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٦٣ ·

- لابد ان يكون الحادث غير متوقع وغير ممكن دفعه .

- ان يؤدى الحادث الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة .

فاذا توافرت تلك الشروط جاز للقاضى ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول . فله سلطة تقدير واختيار الوسيلة التى تحقق هذا الهدف ، مراعيا الظروف مع الموازنة بين مصلحة الطرفين .

تطبيقات قضائية :

قضت محكمة النقض بان نظرية الحوادث الطارئة لا تنطبق الا عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن ما بين ابرام العقد وتنفيذه . ورتبت على ذلك انه اذا كان الالتزام قد نفذ فعلا قبل طروء الحادث فانه ينقضى وبذلك يمتنع انطباق النظرية لانها انما ترد على التزام لم ينفذ بعد .

وينبغى ان يكون الالتزام قائما لم يتغير ، فاذا كان الالتزام الاصلى قد تغير - دون تعديل المقابل - فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وانما يحق للمحكمة الزام الطرف الآخر بفرق السعر حتى تتوازن الالتزامات فى العقد بما تقتضيه العدالة وطبيعة الالتزام .

ولا يشترط ان تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى ما بعد الحادث الطارىء بل يكفى وجود التزام متراخى التنفيذ الى ما بعد الحادث الطارىء وصار مرهقا للمدين دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخيا كذلك .

وقد اورد المشرع النص بصيغة عامة تتسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين . ومن ثم فان هذه النظرية تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين ، وذلك لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى اصلاح

ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة وذلك برفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير ٠ وهذا الاختلال كما قد يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية أو مستمرة فانه يحدث أيضا فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ ٠ ولا يقدح فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المؤجل فيها الثمن كله أو بعضه ان ارجاء دفع الثمن ، انما قصد به تيسير التنفيذ على المشترى فلا ينبغى أن يضار به البائع ، ذلك ان الاجل أمر ملحوظ فى التعاقد على الصفقة أصلا ، لولاه ماتمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع ٠

وقد اشترطت المحكمة فى الحادث الطارىء ان يكون حادثا استثنائيا عاما غير ممكن توقعه ويخرج عن المألوف ونادر الوقوع ٠ ويكون الطارىء عاما اذا انصرف اثره الى عدد كبير من الناس ٠ ومعيار ذلك هو ألا يكون فى مقدور الشخص العادى ان يتوقع حصوله لو وجد فى ظروف ذلك المدين وقت التعاقد بغض النظر عما اذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلا أم لم يتوقعه : وتقدير هذا الامر مما يدخل فى نطاق سلطة قاضى الموضوع ٠

وقد اعتبرت محكمة النقض ان قوانين الاصلاح الزراعى الصادرة فى ١٩٥٣ يعتبر حادثا عاما ، استثنائيا لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكنا دفعه ومن ثم فهو قد اثر على اثمان الاراضى الزراعية ويجب ان يدخل تحت نطاق نظرية الظروف الطارئة وما يترتب على ذلك من تعديل فى شروط العقد لصالح المدين ، أى من اشترى ارضا تخضع لهذا القانون ٠

وعلى العكس من ذلك فقد قضت بأن عقود بيع القطن الاجلة « الكونتراتات » تقوم بطبيعتها على فكرة المخاطرة والمضاربة على المستقبل وانه لذلك يتعين على المتعاقد ان يتوقع فيها جميع الاحتمالات والحوادث الطارئة التى قد تؤثر فى التزامه سواء كانت متوقعة أو غير

متوقعة (١) ٠

المبحث الثـانى

تحديد مضمون العقد وتفسيره

يحدد مضمون العقد مجموع العبارات التى يتألـف منها ، وهى العبارات التى تدل على ارادة المتعاقدين المشتركة ، لذا كان من الضرورى لتحديد مضمون العقد تفهم العبارات التى عبر بها الطرفان عن اراتيهما المتطابقتين وهذا ما يسمى بتفسير العقد ٠

وينبغى معرفة ما قصد الطرفان الى تحقيقه . حتى يمكن تحـديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامـات التى يولدهـا ، حتى يتسنى تطبيقه ٠

تفسير العقـد

أى يجب الوصول الى قصد المتعاقدين فى ضوء ما وقع اتفاقهمـا عليه ، أى يجب تحديد ما انصرفت اليه النية المشتركة للمتعاقدين ٠

ولا يتم التفسير الا متى كانت الارادة غامضة غير واضحة ، فاذا كان التعبير واضحا فان التفسير يبدو أمرا لا لزوم له (٢) ٠

ولكن قد يكـن التعبير الواضح مخالفا لقصـد المتعاقدين أو غير دال عليه بوضـوح ولا شك فى هذه الحـالة ينبغى الاعتـداد بالمعنى الحقيقى واهمال التعبير الوارد فى العقد ، ولو كـان واضحا محـددا ٠ ولكن ينبغى اثبات العكس لانه لا يمكن تجنب التعبير الواضح المحـدد والاخذ بخلافه الا اذا ثبت بصـورة قاطعة ان هذا العكس هـو الذى ينصرف اليه قصد المتعاقدين حقيقة (٣) ٠

---

(١) أنظـر بالترتيـب نقض ٢٠ / ١٢/ ١٩٦٢ س ١٣ ص ١١٧٩ ، ١١ / ٥ / ١٩٦١ س ١٢ ص ٤٦٦ ، ٢١ / ٣ / ١٩٦٣ س ١٤ ص ٣٤٧ ، ١٨ / ٢ / ١٩٦٥ س ١٦ ص ١٩١ ، ٤ / ٣ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٥١٥ ، ٣ / ١ / ١٩٦٣ س ١٤ ص ٣٧ ، ١٥ / ٢ / ١٩٦٦ س ١٧ ص ٣٨٧ ٠

(٢) السنهورى فقرة ٣٩٠ ، أبو ستيت فقرة ٣٣٣ ٠

(٣) Alex weill P. 390

وفي حالة وجود غموض أو التباس في العقد ، يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، ودون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ • ومن أجل الوصول الى ذلك يستهدف القاضى بطبيعة التعامل أى بنوع العقد وطبيعته ، وبما ينبغى أن يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين • ويستهدى القاضى كذلك بالعرف الجارى فى المعاملات ، وللعرف مجال واسع فى نطاق المعاملات التجارية وبالنسبة للعقود التى تبرم بين اصحاب المهن • وهناك قواعد اخرى فى القانون المقارن مثل الاعتداد بالظروف التى تصاحب انعقاد العقد وتنفيذه ، وحمل عبارات العقد على المعنى الذى يجعلها تنتج أثرا ، وتفسير بنود العقد على ضوء البنود الاخرى (١) •

اما اذا تعذر على المفسر التحديد بصورة مؤكدة لمقاصد الطرفين ، نظرا لان عبارات العقد الغامضة تحتمل أكثر من معنى ، أى أن الشك قد قام حول هذا المعنى ، فان الشك ينبغى أن يفسر لمصلحة المدين ، ومعنى هذا انه اذا تعذر تحديد مفهوم محدد للتعبير وجب أخذ معناه على الصورة الاكثر فائدة للمدين • فاذا قام الشك فى تحديد وسيلة النقل التى يستخدمها المدين لتسليم ما يلتزم بتسليمه كان للمدين أن يتخذ اخف الوسائل عبئا ، ما دامت ملائمة لنوع الاشياء المنقولة (٢)•

واستثناء من قاعدة تفسير العقد لمصلحة المدين فانه فى عقود الاذعان ينبغى تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء اكان دائنا أو مدينا ، وذلك لان هذا الطرف لا يكون له دخل فى وضع عبارات العقد ، اذ غالبا ما تملى عليه من قبل الطرف الآخر •

تكييف العقد وتحديد نطاقه

تكييف العقد هو تحديد الوصف القانونى الذى يتحدد بالآثار الاساسية التى اتجه طرفاه الى تحقيقها ، وهذا الوصف يرتبط بمقاصد

---

(١) الصده ، فقرات ٢٧٩ وما بعدها ، نقض ١٠ مارس ١٩٦٢ س ١٧ ص ٥٧٠ •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٢ ص٢٩٩، نقض ١٤ ديسمبر ١٩٤٤ جـ ٤٠ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨ •

طرف العقد أى بالغايات العملية التى اتجه طرفا العقد الى تحقيقها بغض النظر عن التسمية التى يطلقها المتعاقدان على العقد فى جملته ٠

ويعد التكييف عملا قانونيا بحتا ، لا سلطة فيه لارادة الطرفين ، فهو حق للقاضى ، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد الطرفين ، فقد يجد ان العقد بيع وان سماه المتعاقدان ايجارا وقد يجد انه عقد شركة وان سمياه قرضا (١) ٠

وتبدو أهمية التكييف كوسيلة لتحديد مضمون العقد لانه يضعه فى الاطار القانونى الذى يسمح ببيان آثاره فى جملتها ٠

وتنص المادة ١٤٨ على انه لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ٠ اذ أن العقد يلزم طرفيه ، ليس فحسب فى حدود ما اتفقا عليه بل وايضا فى حدود أخرى قد لا يتم الاتفاق عليها مباشرة ٠

فاذا سكت الطرفان على تحديد زمان الوفاء أو مكانه فان القانون يتولى هذا التحديد ، وقد جرى العرف على أن بيع المحل التجارى يتضمن الزام البائع بتسليم الدفاتر والسجلات والتزام العامل الذى يطلع على اسرار صاحب العمل ، بعدم افشاء هذه الاسرار ولو لم ينص عقد عمله على مثل هذا الالتزام ٠

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ان القاضى يتولى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى ارجىء الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها ، وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير ارادة العاقدين ، بل يستكمل ما نقص منها ٠

وان ذلك لا يعدو وان يكون مجرد تفسير لارادة المتعاقدين ٠ فاذا تعارض هذا التفسير مع ما أورده المتعاقدان ، بأن اشترطا صراحة أو ضمنا ان يكون العقد باطلا عند عدم الاتفاق على المسائل التى احتفظ

---

(١) أنور سلطان ص ٢٣١ ٠

بها ، وجب احترام هذه الارادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل (١) ٠

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليهااعتبر العقد قد تم واذا قام بينهما خلاف على المسائل التى ارجىء الاتفاق عليها كان لهما أن يلجأ الى المحكمة للفصل فيه (٢) ٠

المبحث الثالث

آثار العقد بالنسبة للاشخاص

الاصل هو ان الحقوق والالتزامات التى تترتب على العقد انما تنشأ فى ذمة العاقدين دون سواهما ، فالعقد لا يفيد ولا يضر احد غير طرفيه ٠

الا أن العقد ينصرف من بعد العاقد الى ورثته أى خلفه العام ٠ ويمثل العاقد أيضا خلفه الخاص فى بعض الاحوال ، فتنصرف الى هذا الخلف آثار عقود سلفه بشروط معينة ٠

فالاصل اذن ان آثار العقد مقصورة على عاقديه ومن يمثلانهم من خلف عام أو خاص ، وما عدا هؤلاء فيعتبر من الغير الذى لا تنصرف اليه آثار العقد الا فى حدود استثنائية ٠

المطلب الاول

اثر العقد بالنسبة للعاقدين والخلف

من البديهى ان العقد بمجرد انعقاده يرتب حقوقا والتزامات فى ذمة كل من طرفيه ، فيصير كل منهما دائنا أو مدينا بما اشترط أو

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٧ ٠

(٢) نقض ٢٦ يناير ١٩٦٧ س ١٨ ص ٢١٥ ٠

تعهد به · والمتعاقد هو كل شخص اشترك فى ابرام عقد من العقود ، سواء اكان ذلك بنفسه أو بواسطة نائب عنه (وكيل أو نائب قانونى) ·

ويدخل فى معنى المتعـاقد كذلك كل من الخلف العام والخلـف الخاص لهذا المتعـاقد ، الا ان انصراف اثر العقد ، خصوصا بالنسـبة للالتزامات ، الى الخلف لا يكون الا فى حدود وبشروط معينة ·

أثر العقد بالنسبة للخلف العام :

الخلف العام هو من يخلف المتعاقد فى ذمته المالية أو فى جـزء منها باعتبـارها مجموعا من المال كالـوارث والمـوصى له بنصيب فى التركة كالثلث أو الربع (١) ·

وتنص المادة ١٤٥ على ان ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العـــام (٢) ·

أى ان ما يبرمه المورث من عقود ينصرف أثره الى ورثته ، فالذمة تنتقل ، بما تشمله من حقوق والتزامات ، الى الخلف العام · وعلى ذلك فانصراف أثر عقد يبرمه شخص الى خلفه العام بعد وفاته يعنى امكان انتقال الحقوق الناشئة عن هذا العقد الى الخلف ، وكـذا مطالبة هذا الخلف بالتزاماته المترتبة على هذه العقود ، ولكن فى حدود ما آل اليه من حقوق أى بقدر ما آل اليه من أموال التركة ·

الا ان هنـاك حالات لا تنصرف فيها آثـار العقـــد الى الخلـف العام (٣) :

١ ـ اذا كانت ديـون التركة تزيـد على حقوقهـا فان الوارث لا تنصرف اليه الالتزامات التى عقدها المورث الا فى حدود ما آل الى هذا الوارث من حقوق التركة ·

---

(١) السنهورى ج ١ فقرة ٣٤٤ ، سـليمان مرقص فقرة ٢٦٩ بهجت بدوى فقرة ١٦٩ ·
(٢) أنظر المواد ، ١٤٥ ، ٨٧٥ ، ٩١٤ ·
(٣) Alex weill P. 566

٢ — اذا وجد اتفاق بين العاقدين على أن لا ينصرف أثر عقدهما الى ورثة احدهما أو الى ورثة أى منهما ، كالاتفاق على توريد سلعة ، على أن ينتهى التزام المورد بوفاته أو بوفاة الطرف الآخر ٠

٣ — اذا كانت طبيعة العقد أو التعامل ذاتها تقتضى عدم انصراف الآثار الى الورثة ، كما لو كان عقد مرتب لمدى حياة شخص ، فمضمون الاتفاق نفسه يعنى انقضاءه بمجرد وفاة مستحق المرتب وعدم انتقاله الى الورثة ٠ وكذلك عندما يكون شخص المتعاقد هو محل الاعتبار فى العقد ، كالتعاقد مع فنان على رسم لوحة فنية أو مع مهندس على تصميم مشروع ، فالالتزامات الناشئة عن هذه العقود لا تنتقل الى الخلف العام للفنان أو المهندس ٠

٤ — اذا وجد نص فى القانون يقرر عدم انصراف آثار العقد الى الخلف العام ، وذلك مثل عقد الشركة الذى ينقضى بموت أحد الشركاء وعقد العمل الذى ينتهى بوفاة العامل (١) ٠

أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص :

الخلف الخاص هو من يخلف السلف فى حق عينى على شيىء محدد أو فى ملكية مال معين ، كالمشترى فهو خلف خاص للبائع ، والموهوب له خلف خاص للواهب ٠ والمستأجر ليس خلفا خاصا للمؤجر لان الاستخلاف يقتضى انتقال حق من السلف الى الخلف ٠ والمستأجر ليس الا دائنا للمؤجر بحق شخصى ، هو حقه كمستأجر ٠

والامر هنا لا يتعلق بانصراف آثار جميع عقود السلف الى الخلف كما هو الحال بالنسبة للخلف العام ٠ فآثار العقد الذى يبرمه السلف لا تنصرف الى الخلف الخاص متى كان العقد لا يمس الشيىء الذى انتقل الى هذا الخلف ٠ أما العقود التى يبرمها السلف والتى تتصل بالشيىء الذى انتقل بعد ذلك الى الخلف — كالمشترى — ترتب آثارها ، من حقوق والتزامات بالنسبة لهذا الخلف بشروط معينة :

١ — لا تنصرف الى الخلف الخاص الا آثار العقود التى تمس

(١) أنظر المواد ٥٢٨ ، ٧١٤ ، ٦٩٧ ، ٦٢٦ ٠

نفس الشيىء الذى انتقل اليه • فاذا كان الخلف مشتريا فلا تنصرف اليه الا آثار العقود التى تتعلق بالمبيع الذى وقع فيه الاستخلاف •

٢ — لا تنصرف الى الخلف الخاص الا آثار العقود التى ابرمها الخلف قبل التعاقد مع السلف وكانت ثابتة التاريخ قبل هذا الوقت ، كالبـائع الذى يؤجـر العقـار الذى باعه بعـد ان انتقلـت ملكيته الى المشترى ، فلا ينفذ عقد الايجار فى حق المشترى •

٣ — لا تنتقـل الى الخلف الخاص سوى الحقـوق والالتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشيىء الذى تعلق به العقد (١) • أى اذا كان مكملا له أو مما يعين على حسن الانتفاع به أو يحفظه ويقويه • فاذا كان السلف قد عقد تأمينا ضد الحريق على المنزل الذى انتقلت ملكيته الى الخلـف بالبيع فان عقد التأمين ينتقـل الى المشترى باعتبـاره من مكملات المبيع •

٤ — يجب ان يكـون الخلف عالما ، وقت انتقال الحق اليـه ، بالحق او الالتـزام المتـرتب على عقـود السـلف المتصلة بموضـــوع الاستخلاف (٢) •

اثر العقد بالنسبة للدائنين :

يتأثر الدائنون بعقود مدينهم عن طريق تأثير هذه العقود فى صافى امواله التى لهم عليها حـق ضمان عام • فالدائنون يعـدون من الغير بالنسبة لآثار عقـود مدينهم وتأثرهم بها هو تأثير غير مباشـر ، لأنـه يتحقق من خلال ما يتـرتب عليها من نتائج اقتصـادية أى التأثير فى الذمة المالية للمدين (الضمان العام للدائنين) •

ورغم عدم انصراف آثار عقود المدين الى الدائنين مباشرة فـان القانون يعطى للدائنين فى بعض الاحـوال الحق فى عدم الاعتـداد بالتصرفات التى يبرمها اضرارا بهم ويعطيهم الحق فى الطعن فيهـا بدعوى عدم نفاذ التصرفات التى تسمى بالدعوى البوليصية •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٧٥ •
(٢) المواد ١٤٦ ، ٢٠٦ — المرجع السابق ص ٢٧٧ ، ٢٧٤ •

المطلب الثانى

أثر العقد بالنسبة للغير

طبقا لمبدأ نسبية أثر العقد فان آثاره لا تنصرف الا الى أطرافه وخلفهم دون الغير الاجنبى عن العقد • اذ تنص المادة ١٥٢ على انه لا يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ، ولكن يجوز ان يكسبه حقا •

فالغير أى الاجنبى عن العقد يمكن - على سبيل الاستثناء - ان يكتسب حقا من العقد ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير • ولكن لا يجوز ان يرتب العقد التزاما فى ذمة الغير ويظهر ذلك من خلال نظرية التعهد عن الغير •

أولا : - الاشتراط لمصلحة الغير

يتم الاشتراط لمصلحة الغير عندما يتعاقد شخص مع آخر ، فيشترط احدهما على الآخر انشاء حق لشخص ثالث ليس طرفا فى الاتفاق • أى هو اتفاق لمصلحة شخص من الغير ينشأ له بمقتضاه حق خاص به أى حق مباشر • ففى التأمين على الحياة مثلا يشترط المستأمن على شركة التأمين ان تتعهد ، مقابل الاقساط التى يدفعها ، بدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته • وقد يشترط البائع على المشترى أن يؤدى الثمن الى شخص آخر •

وحتى يتحقق وجود الاشتراط لمصلحة الغير يلزم توافر شروط معينة :

١ يجب ان يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع ، أى باعتباره طرفا اصيلا ذا مصلحة فى العقد ، فهو يعمل لحساب نفسه مما يميزه عن النائب الذى يتعاقد باسم الاصيل لا باسمه هو (١) •

ولا يشترط ان يكون المنتفع موجودا أو معينا وقت ابرام

---

(١) أبو ستيت فقرة ٣١٥ •
Strack P. 590 — Goubeaux P. 734

الاشتراط لمصلحة الغير ، ما دام يوجد أو يعين عند نفاذ الاشتراط ، كمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده قبل ان يوجد له أى ولد ٠

٢ - يجب ان تكون للمشترط مصلحة شخصية أو أدبية ٠ أى ان يبرم العقد المتضمن للاشتراط لغاية خاصة به يحرص على تحقيقها ، وان تكون تلك المصلحة مشروعة ٠ فالاب الذى يبرم تأمينا على حياته لمصلحة أولاده ، انما يستهدف غاية أدبية ٠

٣ - ينبغى ان تتجه ارادة المشترط والمتعهد الى انشاء حق فى ذمة المتنفع مباشرة أى الى اكساب المنتفع حقا بمجرد اتفاقهما على ذلك ودون ان يمر هذا الحق بذمة أحد منهما (١) ٠ فاذا عقد شخص تأمينا على ما ينتج للغير من ضرر من سيارته فانه تنشأ لهذا الغير المضرور دعوى مباشرة ضد شركة التأمين للمطالبة بحقه فى التعويض ٠

آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

تظهر آثار الاشتراط لمصلحة الغير فى عدة علاقات هى : علاقة المشترط بالمتعهد ، وعلاقة المنتفع بالمشترط ، وعلاقة المنتفع بالمتعهد ٠

١ - فالعلاقة بين المشترط والمتعهد يحكمها عقد الاشتراط المعقود بينهما ، فاذا ورد الاشتراط فى عقد التأمين على الحياة ، فان المشترط يلتزم بدفع أقساط التأمين ، والمتعهد (شركة التأمين) بدفع المبلغ المتفق عليه للشخص المعين فى العقد ٠

٢ - اما عن علاقة المتعهد بالمنتفع فتقوم على فكرة رئيسية مقتضاها ان المنتفع رغم انه لم يكن طرفا فى العقد الا انه يكتسب منه حقا مباشرا فى مواجهة المتعهد ، فهو حق ذاتى للمنتفع ينشأ من الاشتراط لمصلحة الغير فور انعقاده ويكون نشوءه فى ذمة المنتفع مباشرة أى دون ان يمر بذمة المشترط ٠ فالمنتفع يصبح له حق شخصى ذاتى يملكه لنفسه لا نائبا عن المشترط (٢) ٠

---

(١) الصده فقرة ٣٥٠ ٠

Alex weill P. 607

(٢) السنهورى فقرة ٣٨٠ - المادة ١٥٢ ٠

ويترتب على ذلك انه يكون للمنتفع ان يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته التى يفرضها عليه العقد ، كما يكون له الرجوع عليه بالتعويض عند امتناعه عن تنفيذ التزامه ، دون ان يكون له حق فى طلب فسخ عقد الاشتراط لانه ليس طرفا فيه .

٣ – اما عن علاقة المشترط بالمنتفع فتحدد بالدافع الى الاشتراط ، فاذا كان المشترط متبرعا للمنتفع فاننا نكون بصدد عقد هبة . اما اذا كانت العلاقة بين المشترط والمنتفع معاوضة ، فانها تتحدد على ضوء ما هنالك من علاقات بين الطرفين ، فقد يكون المشترط مدينا للمنتفع ويريد بالاشتراط ان يوفى بهذا الدين .

ومن حق المشترط ان ينقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وبذلك يحرم المنتفع من الاشتراط ، متى تم هذا النقض قبل أن يعلن المنتفع رغبته فى الاستفادة منها .

ثانيا : – التعهد عن الغير

التعهد عن الغير و الحالة التى يتعاقد فيها شخص مع آخر مع تعهده شخصيا بان يحمل الغير على قبول هذا التعاقد ، فهو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل هو ان يحمل شخصا آخر على قبول التزام معين (١) . مثال ذلك حالة الوكيل الذى يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصيا بان يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل .

والتعهد عن الغير لا يلزم الغير ، فالمتعهد يلتزم شخصيا بالعقد الذى يبرمه ، فهو ليس وكيل للغير أو نائب عنه ولا سلطة له فى الزام الغير ولكنه يلتزم بأن يحصل على رضاء هذا الغير بالعقد . فمحل التزام المتعهد هو دائما التزام بعمل هو ان يحمل الغير على قبول التزام معين .

والتعهد عن الغير لا يرتب التزاما فى ذمة الغير الذى يظل حرا فى ان يقبل العقد الذى تم التعهد به عنه أو ان يرفضه .

---

(١) بهجت بدوى ص ٣٧٧ .
Carbonnier P. 187 — Ghestin P.212

١ - فاذا قبل الغير الارتباط بالتعهد الذى عقده عنه المتعهد الاصلى فانه يصبح ملتزما بالعقد بناء على هذا الرضاء الصادر منه ، ومنذ هذا القبول أو الاقرار • وتنشأ رابطة عقدية جديدة بين المتعاقد مع المتعهد وبين الغير الذى أقر التعهد وقبل القد المعروض ، وهو اتفاق جديد غير الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له •

ويرتب هذا الاتفاق أثره من وقت القبول أو الاقرار لا من وقت التعهد ، أى ان اقرار الغير للتعهد وقبوله للعقد المتعهد به ليس له أثر رجعى • ولكن ليس هناك ما يمنع الاتفاق صراحة أو ضمنا على الاثر الرجعى للاتفاق •

٢ - اما اذا رفض الغير التعهد ، فلا مسئوليةعليه لانه لم يلتزم بشيىء ، ولم يتدخل فى العقد • وتقع المسئولية على عاتق المتعهد الذى يعتبر مخلا بالتزامه بمجرد رفض الغير قبول العقد • وجزاء المسئولية هنا هو تعويض المتعهد له عن الاضرار التى لحقته من جراء ذلك • ومع ذلك يجوز للمتعهد ان يتفادى الحكم عليه بالتعويض اذا قام هو بتنفيذ الالتزام الذى رفضه الغير (١) •

مقارنة الاشتراط لمصلحة الغير بالتعهد عن الغير •

هناك فارق جوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير • فالاول يخول الغير حقا مباشرا ، على نقيض الثانى فهو لا يلزم الغير بذاته • فالواعد يلتزم شخصيا ، ويكون من واجبه أن يعوض من تعاقد معه عينا أو نقدا اذا رفض الغير ان يتعاقد • ومؤدى هذا ان الغير لا يلتزم الا بمقتضى اقراره للوعد ولا يكون لهذا الاقرار أثر الا من وقت صدوره ما لم تنصرف النية الى غير ذلك •

فاذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بامر ، ونصب نفسه زعيما بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد الزام هذا الغير ، وكل ما هناك ان الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيىء هو الحصول على اقرار الغير للوعد الذى بذل عنه • ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه

---

(١) أنظر المادة ١٥٣/١ - م • الاعمال التحضيرية ص ٣٠٦ •

الدقة . فليس يكفى عند رفضه الاقرار ان يكون هذا الواعد قد بذل ما فى وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط كذلك ان يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده اذا ارتضى اقراره . وهذا ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة (١) .

المبحث الرابع

جزاء الاخلال بالزام العقد

(المسئولية العقدية)

La responsabilité contractuelle

تقتضى القوة الملزمة للعقد قيام اطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات . فان عدل أى من الطرفين عن تنفيذ التزاماته أو تأخر فى تنفيذها كان من الممكن اجباره على ذلك عن طريق تحريك المسئولية العقدية .

واجبار المتعاقد على التنفيذ العينى أى بالقيام بتنفيذ نفس الاداء الذى التزم به لا يتصور الا اذا كان هذا التنفيذ ممكنا . اما اذا استحال هذا التنفيذ عينا ، فان يلتزم بمقابل ما كان يجب عليه تنفيذه وذلك بتعويض الدائن عن كل ضرر يلحقه من عدم التنفيذ . فيكون تنفيذ الالتزام العقدى تنفيذا بمقابل هو التعويض .

فالمسئولية العقدية هى اذن جزاء الاخلال بالالتزام العقدى ، أيا كانت صورة هذا الاخلال . واركان تلك المسئولية هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

أولا : ـ الخطأ العقدى

يتمثل الخطأ العقدى فى مجرد عدم الوفاء بالالتزام الناشىء عن العقد ، سواء أكان عدم التنفيذ بالامتناع اصلا عن القيام بما يوجبه العقد أو كان بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه أو بالتأخير فى التنفيذ (٢) .

---

(١) الاعمال التحضيرية ص ٣٠٦ . Starck P. 611

(٢) سليمان مرقص ص ٢٩ ٢ .

ويتحقق الخطأ أيا كان السبب فى عدم التنفيذ ، سواء رجع ذلك الى غش المدين أو اهماله ، أو الى فعله المجرد من الاهمال • أما اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى أسباب خارجة عن ارادة المدين (قوة قاهرة أو سبب أجنبى) فانه لا يكون مسئولا •

وعدم تنفيذ المدين لالتزامه يتوقف على نوع هذا الالتزام ، وهل هو التزام بتحقيق نتيجة ، أم التزام ببذل عناية فقط •

فالالتزام بتحقيق نتيجة يكون فيه المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة بقطع النظر عن الوسائل التى تؤدى الى هذه النتيجة مثل التزام المقاول باقامة مبنى معين والالتزام بتوريد كمية معينة من القمح •

أما الالتزام ببذل عناية فيتمثل فى التزام المدين ببذل جهد معين فى سبيل تحقيق نتيجة معينة • فالواجب الملقى على عاتق المدين هو بذل العناية فى تنفيذ التزامه دون ان يكون مطالبا بادراك النتيجة • مثال ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض ، فالطبيب يلتزم ببذل العناية اللازمة لعلاج المريض ولكنه لا يلتزم بتحقيق النتيجة أى شفاء المريض فعلا •

والعناية المطلوب بذلها هى عناية الرجل العادى ما لم ينص القانون أو الاتفاق على ضرورة بذل درجة أكبر من العناية (١) •

ويتحقق الاخلال بالالتزام بنتيجة بعدم تحقق النتيجة ولو بذل الملتزم كل جهده ، أما لو كان موضوع الالتزام هو بذل جهد معين فان عدم التنفيذ يتمثل فى عدم بذل الجهد بالمقدار المتفق عليه أو الذى يستلزمه القانون • فاذا بذل المتعاقد الجهد المعقول ، فانه يكون قد نفذ التزامه ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة • فعدم بناء المقاول للمبنى المتفق عليه يعد اخلالا بالتزامه • ويعد كذلك عدم بذل الطبيب العناية المعتادة فى علاج المريض •

ويمكن للدائن فى الالتزام بنتيجة ، الناشىء عن العقد ، ان يثبت خطأ المدين الملتزم بمجرد اثبات عدم تحقق النتيجة المتفق عليها ، أما

(١) G. Goubeaux. P. 908

بالنسبة للالتزام ببذل عناية فخطأ المدين لا يثبت الا اذا اقام الدائن الدليل على عدم بذل المدين الجهد والعناية المتفق عليهما ، وهذا الاثبات يعتبر أكثر صعوبة من اثبات عدم تحقق النتيجة ٠

تطبيقات قضائية :

قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته خطأ مواجبا للمسئولية التى لا يدرأها عنه الا اثبات القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو بسبب أجنبى ٠

وان عقد نقل الاشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب ، بمعنى أن يكون ملتزما بتوصيله الى الجهة المتفق عليها سليما ، وهو التزام بتحقيق غاية بحيث اذا أصيب الراكب فانه يكفى ان يثبت انه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه اثباتا لعدم قيام الناقل بالتزامه ، ومن ثم تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة الى اثبات وقوع خطأ من جانبه ٠ ولا ترتفع مسئولية الناقل ع نسلامة الراكب الا اذا اثبت - الناقل - ان الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من المضرور أو عن خطأ من الغير ، على أنه يشترط فى خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسئولية اعفاء كاملا الا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وان يكون هذا الخطأ وحده هو سبب الضرر ٠

وقضت كذلك بأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقق نتيجة هى شفاء المريض وانما هى التزام ببذل عناية ، الا أن العناية المطلوبة منه تقتضى ان يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الاصول المستقرة فى علم الطب (١) ٠

ثانيا : - الضرر

يلزم لقيام المسئولية العقدية - الى جانب توافر الخطأ - ان يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن ٠ فهو لا يحق له أن يشكو من عدم

---

(١) نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٧٠ س ٢١ ص ١١٤٨ ، ٢٦ ابريل ١٩٦٢ س ١٣ ص ٥٢٢ ، ٢١ / ١٢ / ١٩٧١ س ٢٢ ص ١٠٦٢ ٠

وفاء المدين بالتزامه الا اذا كان ذلك قد سبب له ضررا معينا ، أى أنـه الحق به خسارة أو فوت عليه ربـح • ولان المسئولية ترتب الالتـزام بالتعويض ، فان التعويض يقتضى وقوع الضرر ويتم تحديده بقـدر الضرر لا يزيد عنه ولا ينقص (١) •

والضرر اما أن يكون ماديا واما أن يكون أدبيا ، ويتمثل فى الاذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة • واذا كان الضرر المادى يمكن تقويمه بالنقود مثل الضرر الذى يصيب صاحب البضاعة من جراء عدم وصولها نتيجة عقد النقـل ، فان الضرر الادبى يتمثل فى الالم الذى يصيب الشخص لسبب يمس عاطفته أو شـعوره أو كرامته ومثال ذلك الطبيب الذى يذيع أسرارا عن مريضه مما يسبب له ضررا فى سمعته • ومثل ذلك الوكيل الذى يذيع أسرارا عن موكله •

ويشترط لاسـتحقاق التعـويض ان يكون الضرر حالا أو محقـق الوقوع ولو كـان مستقبلا ، أما اذا كـان احتمـاليا فلا يسـتحق عنه التعويض الا بحدوثه فعلا • والضرر الحال هو الذى وقع فعلا • وقد لا يكون الضرر حالا بل مستقبلا ، ولكنه مع ذلك محقق الوقوع • وفى هذه الحالة يتوافر ركن الضرر • وقد يكون الضرر المستقبل محقـق الوقـوع فى وجوده ، ولكنه غير محـدد فى مقداره ، كمن يصـاب فى حادث أثناء تنفيذ عقد نقـل ولا يعرف وقت الاصـابة الآثار النهائيـة لهذا الحادث • فهنا يثبت للمصاب الحق فى التعويض ولكنه يقدر عند تقـدير الضرر بصفـة نهائيـة • أمـا اذا كان الضرر احتمـاليا فانـه لا يرتب مسئولية الا عند وقوعه فعلا (٢) •

واذا كان التعويض فى المسئولية التقصيرية يستحق عن كل ضرر ترتب على الفعل الضار (ضرر مباشر) ، سواء أكان هذا الضرر يتوقع حدوثه أم لا ، فانه فى المسئولية العقـدية ، لا يكون التعـويض الا عن الضرر الذى يتوقع حدوثه من تقصير المتعاقد ، أى التقصير الذى يعـد اهمالا غير مقصود ، اما فى الحالات العمد والخطأ الجسيم فان تقـدير الضرر الواجب التعويض لا يقف عند الضرر المتوقع بل يمتد ليشمل الضرر غير المتوقع ما دام مباشرا •

---

(١) Alex weill P. 419

(٢) Starck P. 610

والضرر المتوقع الذى يسأل عنه المدين ، هو ما كان متوقعا فى سببه وفى مقداره • ويرجع فى تقدير ذلك الى معيار موضوعى أى بالنظر الى شخص معتاد فى مثل الظروف التى تم فيها الاتفاق •

ثالثا : علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفى ان يقع خطأ من المتعاقد ، وان يلحق ضرر بالدائن ، بل يجب ان يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته ، أى أن توجد بين الخطأ والضرر رابطة سببية مباشرة والا انتفت المسئولية •

وطبقا لنص المادة ٢١٥ فان رابطة السببية مفترضة بين الخطأ والضرر ، فمجرد حدوث الضرر للمتعاقد يفترض فيه انه ناتج عن خطأ المدين ، أى أن الدائن المضرور لا يلزم باثبات علاقة السببية ، بل على المدين أن يقوم بنفى السببية بين الخطأ والضرر ، ويمكن نفى علاقة السببية باثبات ان الضرر راجع الى سبب اجنبى كقوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ الدائن نفسه • وذلك كما هو الحال عند التزام تاجر بتوريد سلعة معينة ، ثم يصدر قرار من الحكومة بمنع استيراد هذه السلعة • فهنا يترتب على عدم التوريد الحاق الضرر بالدائن ويفترض ان هذا الضرر ناتج عن الخطأ (عدم التوريد) ، ولكن المورد لا يكون مسئولا لان السببية منتفية بحدوث سبب اجنبى عنه الا وهو قرار الحكومة •

تعديل احكام المسئولية العقدية

القواعد السابقة تعد هى الاصل العام فى المسئولية العقدية ولكن يجوز لاطراف العقد التعديل فى هذه القواعد (١) • اذ تنص المادة ٢١٧ على انه « يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أيه مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم • ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من اشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، ويقع باطلا

---

(١) Carbonnier P. 263

كل شـرط يقضى بالاعفـاء من المسـئولية المترتبة على العمـل غير المشروع » ٠

فهذا النص يجيز الاتفاق على تعديل احكام المسئولية العقـدية ، بينما يعد هذا الاتفاق باطلا فى حالات المسـئولية التقصيرية لتعلقهـا بالنظام العام ٠

اذ يجوز الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية على اعتبار المتعاقد مسئولا عن عدم تنفيذ التزامه ولو كان راجعا الى سبب لايد له فيه أى كان ناتجا عن حادث مفاجىء أو قوة قاهرة (م ٢١٧) (١) ٠

ويمكن الاتفاق كذلك على الاعفاء من المسئولية العقدية أى عـدم قيام الدائن بالرجوع على المتعاقد المخطىء بطلب التعويض بشـرط الا يكون عدم التنفيذ عمدا من جانبه ، أو بسبب خطئه الجسيم ٠ ولكـن يمكن الاعفاء من المسئولية اذا كان العمد أو الخطأ الجسيم قد وقـع من غير المتعاقد نفسه أى ممن يستخدمهم فى تنفيذ العقد ٠

واخيرا تجيز المادة ٢٢٣ للمتعـاقدين بأن يحددوا مقدما قيمـة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ٠ وهذا الاتفاق على تقدير التعويض مقدما يسمى الشرط الجزائى ، وهو تقـدير جزافى للتعويض لا يراعى فيه مقدار الضرر ٠ الا ان استحقاق هذا التعويض منوط بتوافر شروط المسئولية العقدية ٠

---

(١) وقد جـاء فى الاعمـال التحضـيرية « انه قد يجعـل عبء المسئولية أشد وقرا بالاتفاق على تحمل تبعية الحادث الفجـائى وبهذا يكون المدين مؤمنا للدائن من وجه ٠ وقد تخفف المسئولية ، على نقيض ذلك ، باشتراط الاعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، الا ان تكون قائمـة على غش أو خطأ جسيم ٠ فليس للافراد حرية مطلقة فى الاتفـاق على تعديل احكام المسئولية ٠ فكما ان الاتفاق على الاعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الاعفاء من المسئولية التقصيرية ، أيا كانت درجة الخطأ ويعتبر مثـل هـذا الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ٠

ويلعب التأمين دورا هاما فى هذا الصدد ، اذ يمكن التأمين على كل خطأ يصدر من المسئول عدا الفعل العمد ، وعلى كل خطأ يصدر من اتباعه أو من يستخدمهم فى تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد ·

= على أن ذلك لا ينفى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيما ، بل وفى نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع الى مرتبة الغش ، كما أن للافراد أن يتفقوا على الاعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعن الغش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية (جـ ٢ ص ٥٥٣) ·

الفصل الثالث

زوال العقـد

اذا تخلف ركن من اركان انعقاد العقد أو شرط من شروط صحته فانه اما ان يبطل بطلانا مطلقا أو يبطل بطلانا نسبيا ، وفى الحالتين اذا تقرر البطلان أو الابطال فان العقد يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ·

أما اذا كان العقد قد نشأ صحيحا فان زواله يتحقق بالانقضـاء أى تنفيـذ الالتزامات الناشـئة عن العقد ، ففى عقـد البيع اذا دفـع المشترى الثمن ونقل له البائع الشيىء المبيع انقضى العقد ·

والى جانب البطلان والانقضاء فان العقد يمكن أن يزول بالانحلال ، والانحلال يرد على عقد صحيح وقبـل أ ن ينقضى بالتنفيذ · وانحـلال العقد له ثلاث صور ، التقايل والالغاء بالارادة المنفردة والفسخ ·

والتقايل عبارة عن اتفاق الطرفين على حل الرابطة العقدية ، فهو الغاء العقد بالارادة المشتركة للمتعاقدين · ويتم التقايل باتفاق جديد بين الطرفين ، وقد يكون ذلك بأثر رجعى ، وقد يكون بالنسبة للمستقبل فقط · ولكن هذا الاتفاق لا يجوز أن يمس بحقوق الغير ·

واذا كان الاصل انه لا يجـوز نقض العقد الا بارادة المتعاقـدين معا ، فان القانون قد يجيز لاحد المتعاقدين بأن يستقل بالغاء العقـد بارادته وحدها ، وذلك فى العقود التى تسمح طبيعتها بذلك مثل عقود المقاولة ، العارية ، الوديعة ، التأمين ·

وانحلال العقـد يمكن أن يأخذ كذلك صـورة الفسخ أو الدفـع بعدم التنفيذ ونعرض لهاتين الصورتين بشيىء من التفصيل ·

المبحث الاول

فسخ العقـد

Resiliation

الفسخ لا يكـون الا فى العقود الملـزمة للجانبين ، أى تلـك التى

يلتزم فيها كل متعاقد تجاه المتعاقد الآخر ، على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المعقود بينهما • فهناك ترابط بين الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين ، فاذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، كان للمتعاقد الآخر ان يمتنع عن تنفيذ التزامه أو أن يتحلل منه عن طريق الفسخ(١)•

والفسخ أما ان يتقرر بحكم القاضى (الفسخ القضائى) ، وقد يتم بالاتفاق بين الطرفين (الفسخ الاتفاقى) ، وقد تقع بحكم القانون (انفساخ) العقد) •

أولا : فسخ العقد بحكم القضاء

اذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الملزم للجانبين ، كان للطرف الآخر اما اتخاذ موقف سلبى يتمثل فى الدفع بعدم التنفيذ أى الامتناع من جانبه عن تنفيذ التزامه ، واما اتخاذ موقف ايجابى أى المطالبة بتنفيذ العقد أو حله (٢) •

وحل الرابطة العقدية يتم برفع طلب الى القضاء بفسخ العقد ،وذلك كجزاء على اخلال المتعاقد بالتزاماته المترتبة على هذا العقد • ونتناول فيما يلى شروط طلب الفسخ ، وسلطة القاضى حياله ، وآثاره •

شروط طلب الفسخ :

يلزم لامكان طلب فسخ العقد من القضاء ، توافر الشروط الآتية (٣) •

١ ـ ان يكون العقد ملزما للجانبين ، اذ فى هذه العقود يكون الفسخ وسيلة يتحلل بها الطرف الآخر من التزاماته تجاه المتعاقد الآخر الذى لم ينفذ التزاماته ، أما فى العقود الملزمة لجانب واحد فان الدائن الذى يشكون من عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا يكون ملزما بشيىء ولا تكون له أى مصلحة فى التحلل من العقد وطلب الفسخ •

---

(١) G. Goubeaux 769

(٢) نقض ٩ / ١ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٤٩ •

(٣) أنور سلطان ص ٢٦٩ •

٢ - عدم وفاء أحد الطرفين بالتزامه ، أى أن يخل أحد طرفى العقد بالتزامه ، سواء اكان ذلك بامتناعه عن التنفيذ رغم قدرته عليه ، أم كان ذلك بسبب ما قام به من أفعال جعلت التنفيذ مستحيلا • ويستوى أن يكون عدم الوفاء كليا أو جزئيا أو معيبا • ويقدر القاضى مدى أهمية الجزء الذى لم يتم تنفيذه • ويشترط أن يكون عدم الوفاء غير راجع الى سبب أجنبى ، لانه ان كان راجعا الى سبب أجنبى فانه يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون كماسنرى •

٣ - أن يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو على الاقل أن يكون مستعدا لهذا التنفيذ ، اذ لا يتصور أن يطلب الفسخ من كان مقصرا فى تنفيذ التزاماته •

٤ - أن يقوم طالب الفسخ باعذار الطرف الآخر ، أى تكليف المدين بالوفاء فى صورة ثابتة بانذار أو بالبريد • فالاعذار يعد وسيلة لاثبات تقصير المدين في عدم التنفيذ • ويلاحظ أن رفع الدعوى يعتبر اعذارا كافيا •

٥ - يجب أن يكون طالب الفسخ قادرا على اعادة الوضع الى ما كان عليه ، لان الفسخ يترتب عليه اعادة الحالة الى أصلها ، فاذا كان طالب الفسخ لا يستطيع أن يرد ما قبضه من الطرف الآخر امتنع عليه طلب الفسخ ، ويكون له فقط أن يطلب التنفيذ العينى أو التعويض (١)•

٦ - ان يرفع الدائن طلب الفسخ أمام القضاء لان الفسخ لا يتقرر الا بحكم القاضى والحكم الصادر يعتبر منشئا للفسخ لا كاشفا له •

سلطة القاضى أمام طلب الفسخ :

للقاضى سلطة تقديرية فى اجابة طلب الفسخ ، اذ لا يلتزم بالحكم بفسخ العقد ولو توافرت كل الشروط التى تلزم لذلك • وهو يراعى فى ذلك الظروف المختلفة ، فان رأى ان عدم الوفاء يستوجب

---

(١) Alex weill P. 540

الفسخ حكم به ، وان رأى أن الجزء الذى لم ينفذ قليل الاهمية بالنسبة للالتزام فى جملته رفض الفسخ واقتصر على تعويض الدائن عن عدم التنفيذ بالنسبة لهذا الجزء • واذا رأى أن المدين حسن النية جاز له أن يمنحه مهلة للوفاء •

أثر الحكم بالفسخ

تنص المادة ١٦٠ على انه اذا ما حكم بالفسخ اعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا تعذر ذلك ، جاز الحكم بالتعويض •

أى أن للفسخ أثرا رجعيا ويترتب عليه اعادة المتعاقدين الى ما كانا عليه قبل العقد • ففى البيع اذا تم الفسخ تعين على المشترى رد ما كان قد تسلمه من المبيع ، كما يكون على البائع رد ما تسلمه من الثمن • على انه اذا كان لايتسنى اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد ، فانه يجوز أن يحكم بتعويض معادل •

ولا يكون للفسخ أثرا رجعيا بالنسبة لعقود المدة : انما يتم الفسخ فقط بالنسبة للمستقبل ، اذ أن ما تم تنفيذه لا يمكن رده ، فلا يمكن للمستأجر رد المنفعة التى حصل عليها مقابل استرداده للاجرة •

ويجوز لطالب الفسخ أن يطلب من المدين المقصر تعويضا عن الاضرار التى اصابته نتيجة عدم الوفاء بالتزاماته •

ولا يقتصر الاثر الرجعى على المتعاقدين فحسب بل بالنسبة للغير كذلك • فاذا كان المشترى قد رتب حقوقا للغير على الشيىء المبيع ، فانه يرد الشيىء مع ذلك خالى من هذه الحقوق • أما اذا كان الغير حسن النية فانه يمكن أن يتمسك بحقه •

ثانيا : الفسخ الاتفاقى

تنص المادة ١٥٨ على انه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء

بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه » .

يقرر هذا النص مكنة فسخ العقد بناء على اتفاق الطرفين ، أى بناء على وجود الشرط الفاسخ الصريح ، ويأخذ هذا الشرط عدة صور :

١ - فقد يقتصر المتعاقدان فى اتفاقهما على تقرير ان العقد « يفسخ اذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته » . ففى هذه الحالة لا يكون لمثل هذا الاتفاق اهمية خاصة اذ لا يعدو ان يكون تأكيدا للقواعد العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . ومن ثم تنطبق الاحكام السابقة المتعلقة بالفسخ القضائى (١) .

٢ - وقد يتم الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه ، دون حاجة الى رفع دعوى أو صدور حكم قضائى . أى أن الفسخ يحدث مباشرة بمجرد حصول الاخلال بالالتزام . فاذا قام نزاع بين الطرفين تم الالتجاء الى القضاء ، فان حكم القاضى يكون كاشفا للفسخ وليس منشئا له . ويتعين على القاضى الحكم بالفسخ اذا تمسك به المتعاقد ، اذ أن هذا الشرط يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ من عدمه (٢) .

٣ - واخيرا قد يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ودون حاجة الى أعذار . وعندئذ يقع الفسخ بمجرد الاخلال بالالتزام .

ويلاحظ ان شرط الفسخ مقرر لمصلحة المتعاقد الذى حدث الاخلال بحقوقه ومن ثم فان الفسخ لا يقع الا اذا تمسك به ، ولا يجوز لغيره أن يتمسك بالفسخ .

---

(١) نقض ٢١ / ١١ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٢٥٤ .

(٢) Starck P. 647

ثالثا : ـ انفساخ العقد بحكم القانون

تنص المادة ١٥٩ على انه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » ٠

كما تنص المادة ٣٧٣ على انه « ينقضى الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » ٠

ويتضح من هذين النصين انه اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة التنفيذ ، نتيجة قوة قاهرة أى لسبب لا يد للمدين فيه ، فان العقد ينفسخ بقوة القانون ، دون حاجة الى حكم قضائى ، ودون أن يكون ذلك مشترطا فى العقد ، ودون حاجة الى اعذاره ٠

ويلزم ان تكون استحالة التنفيذ راجعة الى سبب اجنبى عن المدين ، الذى لا يكون مسئولا أمام الدائن عن استحالة التنفيذ ولا يلتزم بتعويضه عن أى ضرر يترتب على عدم التنفيذ ولا يكون هناك مجال الا فسخ العقد (١) ٠ وذلك كما اذا قامت الحرب وقطعت العلاقات بين بلدين ، مما ادى الى استحالة تنفيذ عقود تصدير منتجات كان متعاقدا على تصديرها ٠

أما اذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى فعل المدين أو خطأه ، فان العقد يظل قائما ، ويمكن الزام المتعاقد بتنفيذ العقد بمقابل ، أى يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ٠ وللدائن فى هذه الحالة ان يلجأ الى الفسخ القضائى بدلا من التنفيذ بطريق التعويض (٢) ٠

وتترتب على انفساخ العقد بقوة القانون نفس الآثار التى تترتب على الفسخ القضائى والاتفاقى ٠

والمدين هو الذى يتحمل تبعة الهلاك عند انفساخ العقد ، اذ عند

---

(١) Carbonnier P. 282

(٢) نقض ٢٥ / ١١ / ١٩٧٤ ص ١٢١٣ ٠

استحالة تنفيذ التزامه ينفسخ العقد وينقضى الالتزام المقابل ولا يستطيع هذا المدين أن يطالب بتنفيذه • فاذا هلك الشيىء المبيع هلاكا كليا بسبب أجنبى ، فان التزام البائع بنقل الملكية ينقضى وينفسخ العقد ، وينقضى فى نفس الوقت التزام المشترى بدفع الثمن • فالبائع يفقد الشيىء ولا يحصل على الثمن المقابل له •

تطبيقات قضائية :

قضت محكمة النقض بأن الحق فى فسخ العقد فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه يكون حقا ثابتا لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه الا باتفاق صريح •

وقضت بانه اذا كان يشترط بطلب فسخ البيع أن يكون البائع قد أوفى بالتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشترى اذ كان وقت التسليم قد حل قبل وقت دفع الثمن ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ العقد استنادا الى تأخر المشترى فى الوفاء بباقى الثمن دون أن يبحث ما تمسك به الطاعن (المشترى) من تخلف المطعون ضدهم (البائعين) من الوفاء بالتزامهم بالتسليم ، فانه يكون معيبا •

وقضت بأنه لا ضرورة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين ، واذ كان يبين من الحكم المطعون فيه انه الاخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فان مفاد ذلك ان الالتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه ومن ثم فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ العقد والتعويض دون سبق اعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون •

وقضت بان شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما ، فالشرط الفاسخ الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما اذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ • أما الشرط الفاسخ الصريح

فهو موجب للفسخ حتما ، فلا يملك معه القاضى إمهال المشترى المتخلف عن اداء الثمن ، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ باداء الثمن أو عرضه بعد اقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة الى تنبيه ولا انذار ٠

وقضت بان الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ، ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شيىء الى ما كان عليه من قبل ، وبالتالى فانه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع ان تعود العين المبيعة الى المطعون عليه ــ البائع ــ وان يرد الاخير ما قبضه من ثمن ٠

وانه متى كان البائع قد اخل بالتزامه بتسليم البضاعة وقضى بفسخ العقد فلا محل لان يطالب البائع بالابقاء على مقدم الثمن الذى استلمه بل يتعين عليه رده طبقا لنص المادة ١٦٠ التى تقضى بان الفسخ يعيد المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه ، ولا يجوز للبائع بالتالى أن يطالب بتكاليف اعداد البضاعة للتصدير وهو لم يقم بتسليمها (١) ٠

المبحث الثانى

الدفع بعدم التنفيذ

عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه التعاقدى دون أن يمنعه عن التنفيذ قوة أو حادث مفاجيء ، يكون للمتعاقد الآخر (الدائن) ان يتخذ أحد موقفين ، فاما موقف سلبى يتمثل فى الدفع بعدم التنفيذ واما موقف ايجابى يتمثل فى المطالبة بفسخ العقد ٠

---

(١) أنظر بالترتيب نقض ١٣ فبراير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٣٢٥ ، ٢٨ / ٤ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٨٤٠ ، ٥ / ٤ / ١٩٦٦ س ١٧ ص ٧٩٧ ، ٨ / ٢ / ١٩٦٢ س ١٣ ص ١٩٦ ، ٢ / ٥ / ١٩٤٦ مجموعة عمر ص ١٥٥ ، ١٩ / ١٠ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٤٦٧ ، ٣ / ١٢ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٣١٥ ٠

فالدفع بعدم التنفيذ هو رد يبديه أحد المتعاقدين ، على مطالبة المتعاقد الآخر له بتنفيذ التزاماته • فالدائن بالتزام تبادلى يجوز له اذا لم يكن قد نفذ التزامه ، أن يمتنع مؤقتا عن تنفيذ التزامه ما دام ان المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه • فالمشترى يمكن أن يمتنع عن دفع الثمن طالما ان البائع لم يسلم الشيىء المبيع • فالدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة لحمل المتعاقد على الوفاء بالتزامه دون التجاء الى حل الرابطة العقدية ، أى دون الالتجاء الى طلب الفسخ •

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

١ ـ يجب أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين ، اذ ينبغى أن نكون بصدد التزامات متقابلة ، ناشئة من نفس العقد ولم تكن قد نفذت بعد •

٢ ـ يلزم ان تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، أى أن يكون الالتزام الذى لم يتم تنفيذه حالا • فلا يجوز أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه بالتسليم اذا كان الثمن مؤجلا •

ولا يشترط اعذار المدين للتمسك بهذا الدفع ولا يلزم كذلك أن ترفع دعوى أمام القضاء اذ الدفع بعدم التنفيذ ليس الا موقفا سلبيا(١)•

الا انه ينبغى عدم التعسف فى استعمال هذا الحق ، اذ يجب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقود (٢) •

---

(١) نقض ١٨ / ٤ / ١٩٧٨ س ٢٦ ص ٨٤٠ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه ما دامت المحكمة قد اعتبرت ان التقصير جاء من جانب المشترى دون البائع فلا يحق للمشترى قانونا ان يتحدى بعدم قيام البائع بتنفيذ ما التزم به وليس ثمة بعد ذلك ما يحول دون القضاء للبائع بالفسخ (نقض ٨ / ٣ / ١٩٥١ س ٢ ص ٤٢٣) ، كما قضت بان المتعاقد الذى اخل بالتزامه عمدا وقصر فى الوفاء به وجحد تعهده واعرب فى جلاء ووضوح عن نيته فى عدم الوفاء عينا ، ولا يقبل منه الدفع بعدم التنفيذ للالتزام المقابل للالتزامه هو والذى أصر على عدم الوفاء به (نقض ٤ / ١٢ / ١٩٥٨ س ٩ ص ٧٠٣) •

آثار الدفع بعدم التنفيذ :

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام المطالب بتنفيذه ، ويستمر هذا الوقف الى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه • فالالتزام يظل قائما ، وكذا العقد ، ولكن التنفيذ موقوف حتى يتم التوصل الى البدء فيه من أحد الطرفين ، أو منهما معا فى نفس الوقت •

ويؤدى وقف التنفيذ فى العقود الممتدة فى الزمان لا الى تأخير فى التنفيذ فحسب ، بل الى انتقاص الالتزام ذاته ، كما فى عقد الايجار •

الباب الثانى

الارادة المنفـــردة

La Volonté Unilatérale

التصرف القانونى هو اتجاه الارادة الى احداث آثار قانونية . والتصرف القانونى نوعان : التصرف الفردى (الارادة المنفردة) والتصرف المتعدد الاطراف أى العقد . والارادة لا تنتج أثرها ، فى أغلب الاحوال ، وهى قائمة على استقلال ، أى وهى ارادة منفردة ، بل عندما ترتبط بارادة أو ارادات أخرى فيما يسمى بالعقد .

والارادة المنفردة باعتبارها تصرفا قانونيا قادرة على احداث اثار قانونية متعددة مثل انشاء الحقوق العينية وانقضائها ونقلها مثل الوصية التى تنشىء الحق فى الملكية للموصى له ، والابراء الذى يؤدى الى انقضاء الدين .

واذا كان هناك شبه اتفاق على الاحكام السابقة الا ان الخلاف قد ثار حول قدرة الارادة المنفردة على انشاء حق شخصى أى التزام من الالتزامات ، أى مدى صلاحية الارادة المنفردة لان تكون مصدرا من مصادر الالتزام .

تذهب المدرسة الالمانية الى صلاحية الارادة المنفردة لانشاء الالتزامات ، فهى تنتج هذا الاثر كغيره من الاثار . وهذا هو مقتضى مبدأ سلطان الارادة ، فالارادة قادرة على أن تلزم صاحبها ، والشخص لا يلتزم الا بارادته وحده .

وتذهب المدرسة الفرنسية الى انكار قدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزام لانها تستطيع التحلل منه ، ومن ثم فهى لا تنتج اثرها الا من خلال ارتباطها بارادة أخرى فى صورة العقد .

والغالب فى العصر الحديث هو ان الارادة المنفردة ليست مصدرا عاما من مصادر الالتزام ، بل تعد مصدرا خاصا فى حالات معينة على سبيل الحصر .

وقد أخذ بذلك القانون المصرى حيث نص على عدة حالات يكون فيها مصدر الالتزام هو الارادة المنفردة للمدين :

١ - التزام الموجب بالبقاء على ايجابه المدة التى تحددها ظروف الحال أو طبيعة المعاملة .

٢ ـ انشاء المؤسسة الخاصة ٠

٣ ـ الوقف ٠

٤ ـ الوصية ٠

٥ ـ الوعد بجائزة للجمهور ، ونتناوله بشيء من التفصيل ٠

الوعد بجائزة

تنص المادة ١٦٢ على ان « من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون العلم بها ٠

واذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده باعلان للجمهور ، على الا يؤثر ذلك فى حق من اتم العمل قبل الرجوع فى الوعد ، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور » ٠

فالوعد بجائزة هو تخصيص أجر لشخص لن يتعين الا بتنفيذ الاداء الذى حدده الواعد ٠ وذلك كمن يعد بجائز لمن يعثر على اشياء مفقودة أو لمن يقوم بكشف علمى أو فنى ، فالدائن فى الوعد بجائزة يكون غير معين ٠

شروط الوعد بجائزة :

يشترط لنشوء الالتزام بالجائزة ما يأتى :

١ ـ يجب أن يصدر تعبير بات من شخص ، مضمونه الوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين ٠ ويجب أن تظهر الارادة بصورة واضحة وباتة ، وان تكون تلك الارادة حرة خالية من العيوب ٠ وينبغى ان تكون ارادة الالتزام جدية ٠ وان تتوافر لدى الواعد أهلية التصرف ٠

٢ ـ ان يكون الوعد بالجائزة موجها الى الجمهور ، أى الى اشخاص غير معينين بذواتهم ، فاذا وجه الوعد الى اشخاص معينين اعتبر التعبير ايجابا ٠

٣ ـ ان يوجه الوعد الى الجمهور علنـا ، حتى يتيسر العلم به ، وتتحقق العلانية بكافة طـرق النشر ٠

٤ ـ ان يكون للوعـد محل ، أى جائـزة لمن يقوم بعمـل معين ، والجائزة قد تكون مالية وقد تكون أدبية كوسام أو شهادة ٠

٥ ـ كذلك يجب أن يكون للالتزام سبب ، والسبب هو الباعث الدافع للوعد ،أو الغـرض المباشر الذى يسعى اليه الواعد وهو قيـام شخص ما بعمل معين ٠

احكام الالتزام بالجائزة :

ويترتب على قيام الوعد ، الاحكام التالية :

أ ـ اذا حددت للوعد مدة لانجاز العمـل المطلوب ، لا يستطيع الواعد ان يرجع عما وعد به ، ويظل الوعد بالجائزة قائما طـوال المـدة المحـددة ، فاذا تحقق العمـل المطلـوب ، كان لمن قـام به أن يطـالب بالجائزة ، سواء اكان يعلم بالجائزة أم لا ٠ ولا يكون لمن يقوم بالعمل بعد انتهاء المدة أن يطالب بشيىء ٠

ب ـ أما فى حالة عدم تعيين مدة لانجـاز العمل المطلوب ، فان الواعد يستطيع أن يرجع عن هذا الوعد فى أى وقت ٠ ولكن ينبغى أن يتم الرجوع بنفس الوسيلة التى تم بها الاعلان ٠ واذا لم يرجع الواعد فانه يظل ملتزما بوعده المدة المعقولة للقيام بالعمل ٠

واذا قـام شخص بالعمـل قبل اعـلان الرجوع عن الـوعد فانه يستحق الجائـزة الموعود بهـا ، ولو كان قد قام بالعمل دون نظـر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها ، ولكن يجب فى هذه الحـال أن يرفع دعوى المطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ اعـلان الرجوع عن الوعد بها ٠

وقضت محكمة النقض بأن الوعد بالجائزة يقوم أساسا على توافر اركان معينة منهـا ان توجه الارادة الى الجمهـور أى الى أشـخاص غير معينين ، فاذا ما وجهت الى شـخص معين خرجت عن ان تكون وعـدا بجائزة وسرت عليها قواعد الايجاب فلابد ان يقترن بها القبول وتصبح عقدا لا ارادة منفردة ، واركان الاقرار موضوع النزاع لا يعدو أن يكون

اتفاقا بين الطاعن وموكليه على قدر الاتعاب المستحقة له (١) ٠

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية انه يجب التفريق بين ما اذا كـان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما اذا كان قد ترك المدة دون تحديد ٠

ففى الحالة الاولى يلتزم الواعد نهائيا بمشيئته وحدها ، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحـددة ٠ فاذا انقضت هـذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب ، تحلل الواعد من وعده ولو انجز هذا العمل فيما بعد ٠ اما اذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المـدة ، فيصبح من قام به دائنا بالجائزة من فوره ، ولو لم يصدر فى ذلك عن رغبة فى الحصـول عليها ، بل ولو كان جاهـلا بالوعد ٠ وفى هـذا ما ينفى عن الوعد بالجائزة صفته العقدية ٠

أما فى الحالة الثانية ، حيث لا يحدد اجل لاداء العمل المطلوب ، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصـادر من جانبه ، ولكن يكون له أن يعدل عنه ، وفقا للاوضـاع التى صدر بها ، بان يصدر العدول علنـا بطريق النشر فى الصحف أو اللصق مثـلا ٠

واذا نفذ العمـل الذى بذلت الجائزة من أجله أكثـر من شخص واحد ، كانت الجائزة للاسـبق فاذا تعدد المنفذون فى وقت واحـد ، كانت الجائزة سوية بينهم (٢) ٠

---

(١) نقض مدنى ٢٣ / ٢ / ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٥١١ ٠
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ٠

الباب الثالث

الفعل الضار

(العمل غير المشروع ـ المسئولية التقصيرية)

Fait illicite — La responsabilité délictuelle

المسئولية اما ان تكون ادبية ، تنشأ عن مخالفة واجب ادبى ، واما أن تكون قانونية تترتب على مخالفة واجب قانونى • وتنقسم المسئولية القانونية الى مسئولية جنائية ومسئولية مدنية ، وتنشأ المسئولية الجنائية عند حدوث ضرر يصيب المجتمع اما المسئولية المدنية فتنشأ عند حدوث ضرر يصيب الفرد • وتنقسم بدورها الى مسئولية تعاقدية ومسئولية تقصيرية ، فالمسئولية العقدية هى التى تترتب على مخالفة التزام تعاقدى اما المسئولية التقصيرية فتنشأ عند مخالفة واجب قانونى •

المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية :

تترتب المسئولية الجنائية على جريمة من الجرائم ، ويكون الجزاء توقيع عقوبة على الجانى باسم المجتمع زجرا وردعا • والجرائم محددة على سبيل الحصر •

أما المسئولية المدنية فتنشأ عن أى فعل أو واقعة تحدث ضررا للغير ، ويلتزم المسئول بتعويض المضرور عما اصابه من ضرر ، ويكون للمضرور وحده حق المطالبة بالتعويض ، ويعتبر هذا الحق مدنيا خالصا له •

فالمسئولية المدنية تتعلق بمصلحة فرد من الافراد أما المسئولية الجنائية فتتعلق بحق المجتمع • لذا فان الدعوى الناشئة عنها تعتبر دعوى عمومية تملكها الدولة وتباشرها النيابة العمومية عن الدولة •

ويمكن ان يترتب على الفعل الواحد المسئوليتين الجنائية والمدنية فى نفس الوقت كما فى القتل والسرقة والسب • ونشوء المسئوليتين عن ذات الفعل يوجد ارتباطا واقعيا بينهما ، فالمسئولية الجنائية وهى الاقوى باعتبارها حق المجتمع تؤثر فى المسئولية

المدنية (١) :

- ان الحكم الذى يصدر من المحكمة الجنائية يقيد بعد ذلك القاضى المدنى ، بحيث لا يجوز للمحكمة المدنية أن تنفى الخطأ عن الفعل الذى اعتبرته المحكمة الجنائية جريمة ٠

- يجوز رفع الدعوى المدنية بطلب التعويض أمام المحكمة الجنائية ٠

- يتعين وقف النظر فى الدعوى المدنية الى ان يصدر الحكم فى الدعوى الجنائية وذلك نتيجة التزام المحكمة المدنية بالحكم الجنائى ٠

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

تقوم المسئوليتان على مبدأ واحد هو ان كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (٢) ٠

وتسمى المسئولية التى تنشأ عن الاخلال بالتزام عقدى كمسئولية البائع عن عدم تسليم المبيع مسئولية عقدية ، والمسئولية التى تترتب على الاخلال بالتزام قانونى كمسئولية قائد السيارة عن اصابة احد المارة بخطئه مسئولية تقصيرية ٠

ويترتب على التمييز بين نوعى المسئولية عدة احكام مثل :

- نظرا لان المسئولية العقدية مصدرها العقد فانه يمكن الاتفاق على الاعفاء منها أو تعديلها ، بينما لا يجوز ذلك فى المسئولية التقصيرية لان مصدرها القانون ٠

- يكون التعويض فى المسئولية التقصيرية عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع ، أما فى المسئولية العقدية فان الضرر غير المتوقع لا يشمله التعويض ٠

- اذا تعدد المسئولون فى المسئولية التقصيرية ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض المضرور ، أما فى المسئولية العقدية فان التضامن

---

(١) انور سلطان ص ٣٠٦ ٠
(٢) جمال ذكى ، مشكلات المسئولية المدنية ، فقرة ٢ ٠

لا يقوم الا اذا تم الاتفاق عليه (١) ٠

ورغم الخلافات السابقة ، فانه فى كل من المسئوليتين لابد من توافر نفس الاركان الاساسية وهى : الفعل الضـــار ، والضرر ، وعلاقة السببية بين الضرر والفعل الضـــار ٠

ولا يجوز الجمع بين المسئوليتين ، اذا كان الفعل الواحد تترتب عليه فى نفس الوقت المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، اذ من غير المقبول أن يحصل الشخص على تعويضين عن ضرر واحد ٠

تطور المسئولية التقصيرية :

تتضمن القوانين الحديثة مبدأ عام يقضى بتعويض الغير عن كل فعل خاطىء يسبب له ضررا ٠ وهذا المبدأ لم يكن موجودا فى القوانين القديمة ،حيث كانت الافعال التى توجب التعويض محددة على سبيل الحصر ٠

وقد قامت المسئولية فى البداية على أساس فكرة الخطأ اذ يلزم ان يكون هناك خطأ حتى يمكن تعويض الضرر ، ولكن الاتجـاه الحالى يفرق بين المسئولية عن الافعال الشخصية التى تقام على أساس الخطأ الواجب اثباته ، وبين المسئولية عن فعـل الغير (الاولاد ـ الخـدم) أو المسئوليـة الناشئة عن الاشـياء التى تقـوم على الخطأ المفتـرض (التقصير فى الرقابة أو الحراسة) ٠

وكان من نتيجة الثورة الصناعية وازدياد المخاطر التى تنتج عن استخدام الآلات وصـعوبة اثبات الخطـأ ، ان ظهرت نظـرية تحمل التبعة ٠ والتى تهدف الى اقامة المسئولية لا على أساس الخطأ بل على اساس الضرر وحده ، فالتعويض يهدف الى اقامـة العدالة والتوازن بين المصاب والمتسبب فى الضرر ، فمن يستعمل آلات خطرة تحقق له ارباحا كبيرة يلتزم بتعويض الاضرار التى تنشأ عنها حتى لو لم يثبت

---

(١) Goubeaux P. 849 - starck P. 28:

(٢) نفس الموضع ٠

أى خطأ من جانبه • فالمسئولية تقوم على الضرر وحده ولو انتفى وجود الخطأ أو كان الضرر راجعا الى سبب اجنبى كقوة قاهرة (١) •

ولقد تمسك المشرع المصرى بالاصل العام أى تأسيس المسئولية التقصيرية على أساس الخطأ ، الا انه أخذ بنظرية تحمل التبعة فى بعض الحالات مثل اصابات العمل وامراض المهنة •

ونتناول احكام المسئولية التقصيرية فى ثلاثة فصـــول :

المسئولية عن الافعـــال الشخصية ، المســئولية عن عمـــل الغير ، المسئولية الناشئة عن الاشياء •

---

(١) Alex weill P. 637
Lalou, La responsabilité civile

الفصـــل الاول

المسئولية عن الفعل الشخصى

تنص المـادة ١٦٣ على ان « كل خطأ سبب ضررا للغير يلـزم من ارتكبه بالتعويض » . فطبقا لهذا النص يلزم لقيام المسئولية ان يكون هناك خطأ وان يحدث للغير ضرر ، وان يكون هذا الضرر نتيجة للخطأ . ويتـرتب على قيام المسـئولية نشوء الالتـزام بالتعـويض على عاتـق المسئول . ونعرض لتلك العناصر على التوالى .

المبحث الاول

الخطـأ

تعرض أولا للمقصود بالخطأ ثم نتناول انواعه وصوره .

المطلب الاول

معنى الخطأ

ثار الخلاف حول وضع تعريف للخطأ ولكن الراجح انه يتمثل فى الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، ويتمثل هذا الانحراف فى الاخلال بواجب قانونى أو التزام سابق ، هذا الالتزام عبـارة عن الالتزام القانونى العام بعدم الاضرار بالغير ، ومجرد انحراف الشخص عن السلوك الواجب لا يكفى لقيام الخطأ اذ يلزم ان يكون لديه القدرة على التمييز بحيث يدرك انه انحرف .

ولذا يمكن القول بان للخطأ عنصريين ، عنصرا ماديا هو الفعل الذى يقع به الاخلال بالواجب ، وعنصرا معنويا هو التمييز .

أولا : العنصر المادى للخطأ

يتمثل الركن المـادى أو العنصر الموضوعى للخطـأ فى الاخـلال بالواجب القانونى الذى يقع على عاتق من ينسب اليه الخطأ (١) .

---

(١) سليمان مرقص ص ٣١٩

والواجبات التى يعد الاخلال بها خطأ اما ان يعينها القانون بطريقة محددة مثل واجب التزام السائق يمين الطريق واضاءة النور ليلا واما ان يعينها بطريقة غير مباشرة عن طريق تعيين حقوق الاشخاص ٠

والاخلال بالواجب يعد انحرافا عن السلوك المألوف للرجل العادى ٠ ويقاس الانحراف بمعيار موضوعى أى على ضوء السلوك المتوقع من الشخص المعتاد فى الظروف التى تم فيها الخطأ ، فلا يجوز مقارنة مسلك سائق السيارة فى طريق جاف بمسلك سائق فى طريق مبلل ٠ والمقصود بالظروف المحيطة هنا هو الظروف الخارجية (الزمان والمكان) اما الظروف الداخلية أو الشخصية كحدة المزاج أو المرض العصبى فلا يعتد بها فى تحديد مستوى السلوك المعتاد ٠

اذا كان العنصر المادى للخطأ يتمثل فى الانحراف أو التعدى ، الا ان هناك احوالا لا يكون فيها التعدى خطأ ، وهذه الحالات هى (١) :

١ ـ حالة الدفاع الشرعى :

تنص المادة ١٦٦ على انه « من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول ، على الا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى والا اصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » ٠

فمن يرد الاعتداء باعتداء مماثل مسببا ضررا للمعتدى فلا يسأل عن ذلك لانه كان يرد اعتداء غير مشروع ٠ فالدفاع الشرعى يعتبر حقا للمعتدى عليه ، ولكنه حق محدود بالقدر اللازم لدفع الاعتداء ٠

ويشترط لنشوء حق الدفاع الشرعى عدة شروط :

١ ـ ان يكون هناك خطر حال محدق يهدد الشخص فى نفسه

---

(١) Alex weill P. 687

أو فى ماله ، ويكفى أن يكون الخطر وشيك الوقوع ، ويمكن ان يهدد الخطر شخص آخر عزيز أو ماله ٠

٢ - ان يكون الخطر الذى يقوم الشخص بدفعه عملا غير مشروع ، فالقاء البوليس القبض على لص يعتبر عملا مشروع لا يجوز دفعه ٠

٣ - يجب الا يكون هناك وسيلة أخرى مشروعة لدفع الخطر كالاستعانة بالشرطة ٠

٤ - يجب ان يكون دفع الاعتداء بالقدر الضرورى ، فاذا جاوز ذلك اعتبر مخطئا ٠

وقضت محكمة النقض بانه يعتبر فى حالة دفاع شرعى عن النفس من فوجىء بالمتجمهرين يطلقون النار على مسكنه قاصدين اقتحامه والاعتداء عليه وهو فعل يتخوف ان يحدث منه الموت أو جراح بالغة وهذا التخوف مبنى على أسباب معقولة تبرر رد الاعتداء بالوسيلة التى تصل الى يد المدافع وان تقدير ظروف الدفاع الشرعى ومقتضياته أمر اعتبارى يجب ان يتجه وجهته وجهة شخصية تراعى فيه مختلف الظروف الدقيقة التى احاطت بالمدافع وقت رد العدوان مما لا يصح معه محاسبته على مقتضى التفكير الهادىء البعيد عن تلك الملابسات ٠

وقضت بانه لا يشترط فى القانون لقيام الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء ٠ وتقدير الدافع عن الفعل المستوجب الدفاع يكفى فيه أن يكون مبنيا على أسباب معقولة من شأنها تبرير ذلك ٠

ولكن اذا كان رجل الشرطة قد تجاوز القانون فى تصرفه ، جاز مقاومته اذا خيف لسبب مقبول ان ينشأ عن فعله جروح بالغة ، فاذا اثبت ان الضابط قد اجرى تفتيش المطعون ضدها بالامساك بيدها اليسرى وجذبها عنوة من صدرها اذ كانت تخفى فيه المخدر محدثا بجسمها العديد من الاصابات ، فانه يكون قد جاوز حدود وظيفته مما يجعل المطعون ضدها فى حالة تبيح لها مقاومته استعمالا لحق الدفاع الشرعى عن النفس ٠

وقضت بانه لا قيام لحق الدفاع الشرعى مقابل دفع اعتداء مشروع ، كمن يستعمل حقا مقررا بمقتضى القانون فى الحدود التى رسمها ، ومن ذلك الحق المخول لافراد الناس لمباشرة القبض على متهم شوهد متلبسا بجناية أو جنحة ، مما يجوز فيها الحبس الاحتياطى لتسليمه الى أقرب رجال السلطة العامة ٠

وكذلك استيقاف رجل الشرطة للمتهم أثناء سيره بالطريق فى ساعة متأخرة من الليل للاطلاع على بطاقته ليس فيه ما يخالف القانون ، فان قيام المتهم باطلاق الرصاص على رجل الشرطة لا تتوافر معه مبررات الدفاع الشرعى ٠

واذا تجاوز المتهم حدود حق الدفاع الشرعى فانه يكون مسئولا عن تعويض الضرر الناشىء عن جريمته (١) ٠

٢ ـ حالة الضرورة :

تنص المادة ١٦٨ على ان « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر ، محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » ٠

فمن يضطر ـ لدرء خطر جسيم عن نفسه ـ ان يلحق بشخص آخر ضررا لا يجاوز الضرر الذى يتحاشاه ، يكون مسئولا عن فعله ، ولكن مسئولية مخففة ، ويدفع التعويض الذى يحكم به القاضى على ضوء ما يمكن ان يلتمس للشخص من عذر فى ارتكابه للفعل ٠ فحالة الضرورة تعتبر ظرفا مخففا للمسئولية المدنية ٠

ويشترط لتوافر حالة الضرورة الشروط الآتية : ـ

١ ـ يجب ان يكون هناك خطر حال ، يهدد الشخص أو الغير ، فى نفسه أو فى ماله ٠

---

(١) انظر بالترتيب نقض جنائى ٢١ يناير ١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٧٦ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٧٢ س ٢٣ ص ٦٠٦ ، ١٦ / ١١ / ١٩٦٤ س ١٥ ص ٦٦٨ ، ٢٤ / ٤ / ١٩٦١ س ١٢ ص ٥٠٠ ، ٩ / ٦ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٥٦٨ ٠

٢ ـ ان لا يكون لارادة الشخص دخل فى ايجاد هذا الخطـر ، والا عد مسـئولا ، ويجب الا يكون مصـدر الخطر هـو الشخص الذى تباشر ضده الافعال التى يراد بها دفع الخطر والا كانت حالة دفـاع شرعى ٠

٣ ـ ان يكون الضرر الذى اريد تفاديه أكبـر من الضرر الذى وقع ، كاتلاف بعض المزروعات فى سبيل اطفاء حريق فى منزل ٠

٣ ـ حالة تنفيذ أمر صادر من رئيس :

تنص المادة ١٦٧ بانه « لا يكون الموظف العام مسـئولا عن عمله الذى اضر بالغير اذا قـام به تنفيذا لامر صـدر اليه من رئيس ، متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه ، أو كان يعتقد انها واجبة ، واثبت انه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه ، وكان اعتقاده مبنيا على اسباب معقولة ، وانه راعى فى عمله جانب الحيطة » ٠

وطبقا لهـذا النص فان الاعفاء من المسـئولية يتطلب الشروط الآتية : ـ

١ ـ ان يكون مرتكب الفعل الضار موظفا عموميا ٠

٢ ـ ان يكون ما قام به تسنفيذا لامر رئيس تجب عليه طاعته ، أو يعتقد انها واجبة عليه ٠

٣ ـ ان يثبت الموظف اعتقاده بمشروعية الامر الصادر اليه ٠

٤ ـ ان يثبت الموظف انه راعى جانب الحيطة فى تنفيذ الاوامر التى وجهت له ، والمعيار فى ذلـك هو سلوك الموظف المعتاد فى مثـل موقفه ٠

وبتوافر الشروط السابقة يعفى الموظف من المسئولية ، فلا يسأل احد الجنود عن الاضرار التى تلحق بمالك الاطعمة التى يفسدها بنـاء على اوامر مفتش الصحـة ٠وما قيل بشأن الامر الصـادر الى الموظف ينطبق كذلك على ما يقوم به الموظف بتنفيذ لامر القانون اذا كان يعتقد بحسن نية ان هذا هو حكم القانون ٠

وقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر ان طاعة الرئيس لاتمتد باى حال الى ارتكاب الجرائم وانه ليس على المرؤوس ان يطيع الامـر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو ان القانون يعاقب عليه ، ومن ثم فان تمسك الطاعن بالاحتماء بالقانون فى مجال تحميله السيارة قيـادته حمولة تزيد عن المسموح به اطاعة منه لاوامر رؤسائه - على فرض حصوله - يكون دفاعا قانونا ظاهر البطلان وبعيدا عن الصواب ٠

وان المـادة ٦٣ من قانون العقـوبات تنص على انه لا جريمة اذا وقع الفعل من الموظف تنفيـذا لما امـرت به القـوانين أو ما اعتقد أن اجراءه من اختصاصه متى حسنت نيته ، وقد اوجبت فوق ذلك ان يثبت انه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحـرى وانه كان يعتقد مشروعيته مبنيا على اسباب معقولة (١) ٠

ثانيا : العنصر المعنوى للخطأ

لا يكتفى القانـون فى الخطـأ بذلـك العنصر الموضوعى وهـو الانحـراف عن مسلك الرجل العـادى ، بل يتطلب فوق ذلـك عنصرا شخصيا هو الادراك والتمييز ٠ فالشخص لا يسأل مسئولية تقصيريـة عند حصـول انحراف منه الا اذا كـان مدركا لما يصـدر منه ، ويكفى لاعتباره مدركا ان يكون مميزا (٢) ٠

والتمييز يبـدأ ببلوغ الشخص سـن السابعة ، كمـا يقتضى الا يكون مجنونا أو معتوها ، والا يكون وقت ارتكابه الفعل الضار فاقد الادراك لسبب عارض كالمرض أو السكر أو التخدير بغير اختياره ٠

ولكن ما ذنب المضرور فى ان يكون مرتكب الضرر عديم التمييز ، حتى يحرم من التعويض ٠ لذلك فان المشرع المصرى وان قـرر بحسب الاصـل ان المسئولية تقـوم على الادراك والتمييـز ، الا انه فتح الباب

---

(١) نقض جنائى ٢٤ / ١١ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٧٥٦ ، ٢ / ١ / ١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٤ ٠

(٢) Carbonnier P. 301

لمساءلة عديم التمييز اذا توافرت شروط معينة على اساس تحمل التبعة ومراعاة لاعتبارات العدل (١) .

فطبقا لنص المادة ١٦٤ يجوز الحكم - استثناءا - على عديم التمييز بالتعويض لا على اساس الخطأ ولكن على اساس التبعية - بشرط ان يتعذر الحصول على التعويض من شخص آخر (متولى الرقابة عليه مثلا) .

والمسئولية هنا جوازية للقاضي واحتياطية من جهة أخرى . ويمكن للقاضى ان يحكم بالتعويض العادل الذى يراعى فيه ظروف الطرفين .

المطلب الثانى

انواع الخطأ وصوره

يتخذ الخطأ عدة صور فى الحياة العملية وتكون له العديد من التطبيقات نعرض لاهمها :

١ - الخطأ العمدى :

ويتمثل فى الانحراف الواضح عن السلوك المعتاد بقصد احداث الضرر بالغير ، واذا كان القانون الجنائى يفرق بين الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى فان القانون المدنى لا يعطى أهمية لهذه التفرقة لان الغاية من المسئولية المدنية هى التعويض عن الضرر أيا كان نوع الخطأ ، وان كان القاضى من الناحية العملية يكون أكثر تشددا مع المتسبب فى الضرر بفعل عمدى .

٢ - الخطأ الجسيم :

هو ذلك الذى لا يتصور وقوعه الا من شخص عديم الاكتراث وقليل الحيطة ، فهو يختلف عن الخطأ المعتاد فى قدر الاهمال الذى ينسب الى مرتكبه . ويرجع فى تقدير الخطأ ووصفه بانه جسيم أو يسير الى القضاء .

---

(١) starck P. 260

وكقاعدة عامة فانه لا تفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير فى الحكم بالتعويض عن الضرر الناشىء عنهما وان كان الخطأ الجسيم يأخذ حكم الخطأ العمدى ·

٣ ـ صور أخرى للخطأ :

قد يقع الخطأ بفعل ايجابى وقد يقع بفعل سلبى مثل الاهمال فى عمل شيىء مما يسبب ضرر للآخرين أو الامتناع عن عمل شيىء واجب ·

ويبدو الخطأ من خلال الحوادث الناشئة عن وسائل النقل وحوادث العمل ومباشرة المهن المختلفة مثل الطبيب والمهندس ·

وقد يأخذ الخطأ صورة الاعتداء على الشرف والسمعة عن طريق السب والقذف بأى وسيلة من الوسائل ·

تطبيقات عملية لفكرة الخطأ :

● **حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية :**

قضت محكمة النقض بان مسئولية امين النقل هى مسئولية تعاقدية فاذا لم يقم بتسليم البضاعة الى المرسل اليه كان مسئولا عن نتيجة اخلاله بالتزامه ولا يدرأ عنه هذه المسئولية الا ان يثبت إن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع لسبب قهرى لا يد له فيه ·

وقضت بان مصلحة البريد تعتبر امينة للنقل ووكيلة بالعمولة فى الوقت نفسه ويعتبر عملها هذا عملا تجاريا يحكمه المواد ٩٠ وما بعدها من القانون التجارى التى توجب عليها نقل الرسائل والطرود وسلامة وصولها وتسليمها للمرسل اليه وتحمل مسئولية الهلاك والتلف والتأخير ، والمسئولية هنا وبطبيعتها مسئولية تعاقدية تنشأ عن إخلالها بواجبها فى تنفيذ عقد النقل فتلتزم بالتعويض ·

وقضت بان مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن تلف البضاعة مفترضة اصلا طبقا للمادتين ٩١ ، ٩٢ من قانون التجارة ، ولا يعفيه منها الا اقامته الدليل على القوة القاهرة أو العيب فى البضاعة أو خطأ أو اهمال من المرسل فاذا تلفت البضاعة ولم يثبت الوكيل

بالعمولة المكلف بنقلها شيئا من ذلك فانه يتحمل مسئولية هذا التلف ولا يكون المرسل هو المكلف باثبات خطأ الوكيل بالعمولة فى هذه الحالة ٠

واذا كان الناقل قد اوصل البضاعة المشحونة وافرغها فى ميناء الوصول وسلمها وانتهى بذلك من تنفيذ عقد النقل ، الا انه ارتكب خطأ بعد ذلك تسبب فى احداث ضرر بالبضاعة بعد تفريغها فانه يسأل تقصيريا عن تعويض تلك الاضرار ٠

وقضت بان السرعة التى تصلح اساسا للمساءلة الجنائية فى جريمتى القتل والاصابة الخطأ ليست لها حدود ثابتة وانما هى التى تجاوز الحد الذى تقتضيه ملابسات الحال وظروف المرور وزمانه ومكانه فيتسبب عن هذا التجاوز الموت أو الجرح وان تقدير ما اذا كانت سرعة السيارة فى ظروف معينة تعد عنصرا من عناصر الخطأ أو لا تعد مسألة موضوعية يرجع الفصل فيها لقاضى الموضوع ٠

واما عن حوادث مجازات (مزلقانات) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض بانه اذا صح ان مصلحة السكة الحديد فى الاصل غير مكلفة بان تقيم حراسا على المجازات لدفع الخطر على المارة من قطاراتها ، الا انها اقامت حراسا بالفعل عهدت اليهم اقفالها كلما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها ، وفتحها حيث لا خطر ، واصبح معهودا للناس ، فقد حق لهم ان يعولوا على ماأوجبته على نفسها من ذلك وان يعتبروا ترك المجاز مفتوحا حيث كان ينبغى قفله وجب اعتباره متخليا عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا اهمال ، وتكون مصلحة السكة الحديد مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها ٠ ولا محل للتحدى بنص لائحة السكة الحديد التى حظرت على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الخطر جزاء متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم لا تفيد ان سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر (١) ٠

---

(١) انظر بالترتيب نقض ٣١ /٥ / ١٩٥٦ س ٧ ص ٦٤٢ ، ٢٨ / ٦ / ١٩٥٦ س ٧ ص ٧٦٧ ، ٢٢ / ٣ / ١٩٥٦ س ٧ ص ٣٦٤ ، ١١ نوفمبر ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٠ ١٢١ ، ٢٨ فبراير ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٩٢١ ، ٢٦ مارس ١٩٥٩ س ١٠ ص ٢٧٦ ٠

● حوادث العمل :

طبقا للقانون ٧٩ / ١٩٧٥ (م ٦٨) لا يجوز للمصاب أو المستحقين عنه التمسك ضد صاحب العمل بالتعويضات الا اذا كانت الاصابة قد نشأت عن خطأ من جانبه ٠

وحصول الموظف أو العامل على المبالغ المقررة بقانون التأمينات الاجتماعية - بشأن اصابة العمل - يمنعه من مطالبة رب العمل بالتعويض طبقا لاحكام القانون المدنى الا اذا وقع الحادث بسبب خطئه الجسيم ٠

وان العامل اذا اصيب نتيجة حادث أثناء تأدية العمل أو بسببه وكانت الاصابة ترجع الى فعل ضار من شخص آخر خلاف صاحب العمل ، فان ذلك لا يعفى هيئة التأمينات من التزامها بالتعويض ولا يخل بما يكون للمصاب من حق قبل الشخص المسئول وفقا لاحكام المسئولية التقصيرية (١) ٠

● الاخطاء الفنية فى مزاولة المهنة :

قضت محكمة النقض بان اباحة عمل الطبيب أو الصيدلى مشروطة بان يكون ما يجريه مطابقا للاصول العلمية المقررة ، فاذا افرط احدهما فى اتباع هذه الاصول أو خالفها حقت عليه المسئولية (الجنائية) بحسب تعمده الفعل ونتيجته ، أو تقصيره وعدم تحرزه فى اداء عمله ٠ فخطأ الصيدلى بتحضيره محلول النبتوكايين كمخدر موضعى بنسبة ١٠ ٪ وهى تزيد على النسبة المسموح بها طبيا وهى ١ ٪ توجب مسئوليته جنائيا ومدنيا ٠ كما ان قيام الطبيب باجراء عملية جراحية تستغرق أكثر من ساعة دون الاستعانة بطبيب اخصائى للتخدير وقيامه هو بحقن المريض بمخدر ودون الاطلاع على زجاجته لمعرفة ما اذا كان هو المخدر الذى طلبه أم غيره يعتبر خطأ موجبا لمسئوليته جنائيا ومدنيا ٠

---

(١) نقض ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٣٨٨ ، ٢٩/ ٦/ ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٤٥٤ ، ١٠ مارس ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٥٩١ ، ١٦ / ١٢ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٧٧٥ ٠

وقضت بان مسئولية الطبيب لا تقوم فى الاصل على انه يلتـزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض وانما يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه · ولما كان واجب الطبيب فى بذل العناية مناطة ما يقدمه طبيب يقظ من اوسط زملائه علما ودراية فى الظروف المحيطة به اثناء ممارسته لعمله مع مراعـاة تقاليد المهنة والاصـول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها اهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فان انحـراف الطبيب عن اداء هذا الواجب يعـد خطأ يستوجب مسـئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمـريض ويفـوت عليه فرصـة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب · فاذا كان الحكم المطعون فيه قد حصـل من الواقع ان الطـاعن وهو طبيب قد امر بنقل مريضـه من مستشفى الى آخـر ، وهى على وشـك الوفاة وقبل احالتهـا الى القسـم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشـأنها مما ادى الى التعجيل فى وفاتهـا ، واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرر له ادعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحى ، اذ ان هذا الادعاء ـ بفرض صحته ـ لم يكن ليحول دون احالة المريضة الى القسم المختص لفحصهـا وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى الى الوقت الملائم لحالتهـا الصحية فان هذا الحكم يكون قد التزم صحيح لقانون ·

ويسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبى الذى لايقع من طبيب يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى احاطت بالطبيب المسـئول ، كما يسـأل عن خطأه العـادى ايا كانت درجـة جسامته (١) ·

● الاعتداء على الشرف والسمعة :

قضت محكمة النقض بان الاصل ان التبليغ من الحقوق المباحـة للافراد واستعماله لا يدعو الى مؤاخذة طالما صـدر مطابقا للحقيقة حتى ولو كان الباعث على الانتقام والكيد ، لان صدق المبلـغ كفيل ان يرفع

---

(١) نقض جنائى ٢٧ ينـاير ١٩٥٩ س ١٠ ص ٩١ ، ٢٢ مارس ١٩٦٦ س ١٧ ص ٦٣٦ ، ٢١ / ١٢ / ١٩٧١ س ٢٢ ص ١٠٦٢ ·

عنه تبعة الباعث السيىء، وان المبلغ لا يسأل مدنيا عن التعـويض الا اذا خالف التبليغ الحقيقة او كان نتيجة عدم ترو ورعونة ٠

وقضت بانه لا مسـاغ لما يذهب اليه الطـاعن من ان مسلكه فى دعاوى الطرد وادعائه انه المستأجر ونسبة السرقة الى ذوى المطعـون عليها كان اسـتعمالا لحقه فى الادعاء والتبليـغ ، لان هذين الحقـين ينقلبان الى مخبثه اذا اسيىء استعمالها ٠

وبانه يكفى لعدم مسءلة مقدم البـلاغ الكاذب عن الواقعـة التى ابلغ عنها ، ان تقوم لديه شبهات تبرر اتهام من اتهمه (١) ٠

● **فسخ الخطبة والاغواء :**

لكل من الطرفين اصـلا ان يعدل عن وعده بالـزواج ، ولكن اذا اجرى ذلك فى تهور أو عنف أو خاليا مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهـوى ، فان ذلـك يوجب التعـويض ٠ والتعـويض الادبى لا يقصـد به الاثراء ولكن لرد الكرامة ومحو الاثر السيىء الذى تخلف عنه فعل المخطىء ٠ وتستحق الخطيبة تعويضـا ماديا عما لحقهـا من ضرر فيما تكلفته من معـدات الزواج فى مجموعهـا ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح (٢) ٠

وقضت محكمة النقض بانه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة ان تتوافـر شرائط المسـئولية التقصيرية بان يكـون هذا العـدول قد لازمته افعـال خاطئة فى ذاتها ومسـتقلة اسـتقلالا تاما ومنسوبة لاحد الطرفين وان ينتج عنـه ضرر مادى أو ادبى للطـرف الآخر ٠ فاذا كان يبين من الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه بالتعويض

---

(١) نقض ٢٤ / ١١ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٦٣٦ ، ١٩ / ١١ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٤٣٥ ، ٨ / ٤ / ١٩٧١ س ٢٢ ص ٤٤٣ - اما ان كان المبلغ موظفا من موظفى الامن العام فلا مسئولية عليه اذا هو بلغ قبل ان يتثبت من صحة الخبـر اذا قامت عنده شبهات جـدية كافية ، لان التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون (محكمة مصر الكلية ٦ / ٢ / ١٩٢٧ المحاماة ١٠ ص ٣٢٧ ٠

(٢) سوهاج الكلية ٣٠ / ٥ / ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ ص ١٠٥٦ ٠

عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من ان الطاعن اقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه ان يخص ابنته بنصيبها فى ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه ورتب عليه الحكم بالتعويض ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ومجردا عن أى فعل خاطىء مستقل عنه • فان الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ فى القانون اذ قضى للمطعون عليها بالتعويض (١) •

● **تطبيقات أخرى لفكرة الخطأ :**

تتعد الصور التى يمكن ان تشكل خطأ تقصيريا وتوجب بالتالى المسئولية • فبالاضافة الى ما سبق يمكن اضافة المنافسة التجارية غير المشروعة عن طريق تقليد العلامات التجارية « الماركات » أو اتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى المنافس أو التشهير بالمتجر الآخر •

ومثال ذلك ايضا مضار الجوار الفاحشة أو غير المألوفة • فالشركة التى تقيم مصانع وآلات فى احياء السكن تكون مسئولة عما يقع من اضرار غير مألوفة • فالمالك يجب الا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، وللجار الحق فى ان يطلب ازالة مضار الجوار اذا تجاوزت الحد المألوف •

وقد يصدر الخطأ من قبل السلطات المسئولة سواء من خلال شركاتها كالمياه والغاز والنور والتليفون والبريد أو من خلال الاعمال الصادرة من موظفيها المخالفة للقانون (٢) •

---

(١) نقض ٨ ابريل ١٩٦٠ س ١١ ص ٣٥٩ •

(٢) انظر فى عرض كل ماسبق استاذنا الدكتور السنهورى ص ١١٦٠ ، ومن احكام القضاء نقض ١٥ / ١٢ / ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٩١٩ ، ١٤ / ٢ / ١٩٦٧ س ١٨ ص ٣٥١ ، استئناف مختلط ٢ / ٥ / ١٩٤٥ م ٥٢ ص ٢٤٦ ، ٢ / ٣ / ١٩٦٧ س ٢٧ ص ٥٢٨ •

٤ ـ التعسف فى استعمال الحق : L'abus de droit

من المقرر انه اذا خرج الانسان عن حدود حقه ، أو انحرف فى استعمال رخصة اعطاها له القانون ، فانه يكون قد اخطأ فى تصرفه . ولا يكون هناك خطأ اذا كان الفعل الذى احدث الضرر قد نشأ من استعمال الشخص لحقه الذى اقر له به القانون (١) .

ونظرا لان الحق لم يعد يعتبر سلطة مطلقة بل عبارة عن قيمة اجتماعية ، وجب ان تكون هناك رقابة على استعماله ، فاذا تعسف صاحب الحق فى استعماله وجب ان يلتزم باصلاح الضرر الناجم عن هذا الاستعمال ، فالشخص الذى يقيم بناءا على ارضه فيجاوزها ويبنى على ارض جاره يخرج عن حدود حقه، بينما الشخص الذى يقيم حائطا مرتفعا على ارضه بقصد حجب النور والهواء عن جاره اضرارا به ، لا يخرج عن حدود حقه ، ولكنه يتعسف فى استعمال هذا الحق .

وطبقا لنص المادة (٥) يكون استعمال الحق غير مشروع (أى يكون هناك تعسفا) فى الاحوال الآتية :

أ ـ اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب ـ اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج ـ اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

ومن امثلة ذلك :

فقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر ان التأديب من مقتضاه اباحة الايذاء ، ولكن لا يجوز ان يتعدى الايذاء الخفيف ، فاذا تجاوز الزوج هذا الحد ، فاحدث اذى بجسم زوجته ، كان معاقبا عليه قانونا ، حتى ولو كان الاثر الذى حدث بجسم الزوجة لم يزد عن سجحات بسيطة .

---

(١) Alex weill P. 692

وقد قضت بان حق الالتجاء الى القضاء هو من الحقـوق العامة التى تثبت للكافة ، الا انه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحـراف به عما وضع له واستعماله اسـتعمالا كيديا ابتغاء مضـارة الغير والا حقت المساءلة بالتعويض ، وسواء فى هذا الخصوص ان يقترن هـذا القصد بنية جلب المنفعـة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية ، طالمـا انه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه .

وقضت كذلك ان السلطة التقديرية المقررة للحكومة فى فصـل موظفيها مطلقة من حيث موضوعها الا انها مقيدة من حيث غايتها التى يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف فى استعمالهـا . ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان اسباب الفصل الا انه متى كانت هذه الاسباب ظاهرة من القرار الصادر به ، فانها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فاذا تبين انها لا ترجع الى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هى من الاسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المنازع فى صحتها كان ذلك عملا غير مشروع وحقت مساءلة الحكومة فى شأنه .

ومثال ذلك ايضا المالك الذى يقيم حائطا فى حدود ملكه يسـتر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر من استعمال حقه على هذا النحو مع علمه بالضرر الذى يلحق بالغير (١) .

---

(١) انظـر بالترتيب نقض جنـائى ٢ / ١١ / ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٦٧٢ ، ٢٨ / ١٢ / ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٩٤٣ ، ٣٠ / ٦ / ١٩٥٥ س ٦ ص ١٣٣٥ ، اسـتئناف مختلـط ١٧ / ٤ / ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ .

المبحث الثانى

الضرر

Le dommage

الضرر هو الاذى الذى يصيب الشخص فى حق من حقوقه أو فى مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بماله أو بسلامة جسمه أو حريته أو شرفه • والضرر يعد شرطا ضروريا لقيام المسئولية بنوعيها العقدية والتقصيرية •

الضرر المادى والضرر الادبى

يرتبط الضرر المادى بالمصالح المالية ، وهو ما يسبب للشخص خسارة مالية مثل فقدان مال من الاموال أو الاضطرار الى انفاق مال لم يكن المضرور مضطرا الى انفاقه أو الحرمان من كسب الاموال (١) •

وقد يكون الضرر ادبيا اذا اصاب المضرور فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه مثل اصابة الشخص بتشوه أو تعرضه للقذف والسب أو حزنه لفقد شخص عزيز عليه •

وطبقا لنص المادة ٢٢٢ فانه يجوز التعويض عن الضرر الادبى ، ويقتصر هذا التعويض على المضرور نفسه فلا ينتقل الى غيره مثل ورثة المضرور بعد وفاته الا باحدى طريقتين :

١ - ان يكون المضرور قد اتفق مع المسئول عن الضرر على مبدأ التعويض وعلى مقداره •

٢ - ان يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلا أمام القضاء •

أما فى حالة الضرر الادبى الناشىء عن موت المصاب فان الحق فى طلب التعويض لا يكون الا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية ، ومعنى ذلك ان الحق فى التعويض مقصور على الزوج الحى والاب والجد والابن والاخوة •

---

(١) Goubeau P. 852
Carbonnier P. 307

الضرر المحقق والضرر المحتمل :

لا تجوز المطالبة بالتعويض الا اذا كان الضرر محققا ، ويكون الضرر محققا اذا وقع فعلا او كان واقعا حتما فى المستقبل ، فالضرر المستقبل يمكن أن يؤدى الى تعويض اذا كان من المؤكد انه سيتحقق . فمن يصاب بعاهة يقع له ضرر حال يتمثل فى فقد العضو وما ترتب على ذلك من علاج وما صاحبه من ألم ، ويقع له ضرر آخر محقق مستقبل هو عجزه عن ممارسة مهنته .

ولكن قد يكون الضرر المستقبل غير مؤكد أى محتمل . فالاصل فى هذا الضرر الا يحكم فيه بتعويض الا اذا وقع فعلا ، فالاتلاف الذى يحدثه شخص فى منزل شخص آخر يعتبر ضرر محقق ، ولكن ما قد يترتب عليه من انهدام المنزل فهو ضرر محتمل لا يستحق عنه التعويض الا اذا انهدم المنزل فعلا فى المستقبل .

على انه اذا كنا بصدد تفويت فرصة من الفرص على شخص مثل حرمانه من دخول امتحان أو مسابقة فاننا نكون بصدد ضرر محقق يتمثل فى حرمان الشخص من الاستفادة بفرصته ولو لم يكن الكسب أو النجاح مضمونا . اذ ان هناك كسب احتمالى كان يمكن ان يتحقق أو لا يتحقق ، وقد قضى الفعل الضار على احتمال تحققه .

واذا كان مجرد تفويت الفرصة يعتبر فى ذاته ضررا محققا يستحق التعويض ، الا ان هذا الضرر لا يقدر بمقدار الكسب الذى فاتت فرصته ولكن على ضوء احتمالات النجاح أو الكسب .

تطبيقات عملية :

يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى ان يكون هناك اخلال بالمصلحة المالية للمضرور ، وان يكون هذا الضرر محققا ، فاذا اصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر اصاب شخصا آخر فلا بد من توفر حق لهذا الغير يعتبر الاخلال به ضررا أصابه . واذن فالعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة لوفاة شخص آخر هو ان يثبت ان المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر دائم وان فرصة الاستمرار على ذلك فى المستقبل كانت محققة فيقدر

القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة ويقضي له بتعويض على هذا الاساس . فمجرد احتمال وقوع ضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض .

وقضت محكمة النقض كذلك بانه يجوز للمضرور ان يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع ، ولما كان الطاعن لم يقتصر في طلباته على تعويضه بما تكبده من نفقات علاج ابنته بل ضمنها ما ينتظر تكبده من مصاريف علاجية وعمليات جراحية وتجميلية لابنته المجني عليها ، فان الحكم المطعون فيه اذ قصر قضاءه بالتعويض عما تكبده الطاعن من نفقات العلاج الفعلية ولم يدخل الحكم عنصر الضرر المستقبل في تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه في اسبابه فانه يكون معيبا بالقصور.

وقضت بان القانون لا يمنع من ان يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع ، ذلك انه اذا كانت الفرصة أمرا محتملا،فان تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه . ولا يعيب الحكم استبعاده من عناصر الضرر الحرمان من مكافآت طالما ان نظره بنى على ان المدعى به في هذا الصدد احتمالي وليس محقق الوقوع .

وبان تعويض الوالد عن فقد ابنه لا يعتبر تعويضا عن ضرر محتمل الحصول في المستقبل اذ مثل هذا التعويض انما يحكم به عن فقد الولد وما يسببه هذا الحادث من اللوعة للوالد في أي حال .

وقضت بان التعويض عن الضرر الادبي الذي يصيب المجني عليه نتيجة الاعتداء الذي يقع عليه شخصي على المضرور نفسه لا يتعداه الى سواه ، كما انه لا ينتقل منه الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء .

وان الاصل في المساءلة المدنية وجوب تعويض كل من اصيب بضرر ، يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الادبي على انه اذا كان الضرر ادبيا وناشئا عن موت المصاب فان اقرباءه لا يعوضون جميعهم عن الضرر الذي يصيبهم شخصيا ، اذ قصر المشرع التعويض على الازواج والاقارب الى الدرجة الثانية ، ولازم ذلك ان المشرع ان كان قد

خص هؤلاء الاقارب عن الضرر الادبى فلم يكن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق اصيل فى التعويض عن الضرر المادى ان توافرت شروطه (١) ٠

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر
Le lien de causalité

لا يكفى لقيام المسئولية وقوع الضرر بل ينبغى ان يترتب الضرر على الخطأ الذى يعزوه الى المسئول ، فعلى المضرور ان يثبت ان الضرر الذى اصابه قد نشأ من خطأ المدعى عليه ، أى لابد من توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر ٠

ولكن يصعب القول بتوافر رابطة السببية اذا ما تعددت الاخطاء التى ادت الى وقوع الضرر او اذا ما اثبت الشخص ان الضرر قد وقع نتيجة امر اجنبى لا يد له فيه ٠

تعدد الاخطاء ـ تعدد الاسباب :

اذا كان الضرر واحدا واشتركت فى احداثه عوامل عدة ، فهل تقوم رابطة السببية بين الضرر وكل هذه الاسباب ام يعزى الضرر الى سبب واحد منها ؟

هناك نظرية السبب المنتج التى لا تعتد الا بالسبب الاساسى لحدوث الضرر ولا تحفل بالاسباب الاخرى ، وتعتبر الواقعة سببا منتجا اذا كان من شأنها ان تحدث الضرر وفقا للمجرى العادى للامور ٠ فاذا اهمل صاحب السيارة فى المحافظة عليها وسرقها شخص واصاب بها احد المارة فان خطأ السارق يعتبر سببا منتجا لانه يؤدى الى الضرر

---

(١) انظر بالترتيب نقض جنائى ١٩ / ٦ / ١٩٧٨ س ٢٩ ص ٦٣٤ ، نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٣٩٥ ، ٣ ديسمبر / ١٩٥٩ س ١٠ ص ٧٥٠ ، ٢٢ / ٣ / ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٧٣٢ ، ٧ / ١١ / ١٩٦١ س ١٢ ص ٨٩٩ ، ١٥ / ١ / ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٣٦ ، ٣٠ / ٤ / ١٩٦٤ س ١٥ ص ٦٣١ ٠

وفقا للمجرى العادى من الامــور ولا يعتد بخطأ صاحــب السيارة لانه ثانوى (١) ٠

أما النظــرية الاخرى (نظرية تعــادل الاسباب) فتعتــد بجميع العوامل التى ادت الى احداث الضرر وتعتبر كلها متعادلة فى التسبب فى الضرر ٠

رابطة السببية وتعاقب الاضرار :

قد يؤدى الفعل الواحد الى سلسلة من الاضرار ، كل منها يترتب على سابقه ، فهنا لا تقوم رابطة السببية الا بين الخطــأ وبين الضرر المباشر المترتب على هذا الخطأ ، اما الاضرار غير المباشرة فلا تقوم بينها وبين الخطأ علاقة سببية ، ولا يلتزم المسئول بتعويضها ٠

وذلك مثل الشخص الذى شحن آلة رى فى القطار ، فوقع حادث للقطار ادى الى تلــف هذه الآلــة ، فرفع صاحبها دعــوى على مصلحــة السكك الحديدية ليطالبها بالتعويض عن الاضرار المتعاقبة التى لحقته وهى تلف الآلة وعدم انتفاعه بالبئر التى حفرها لتركيب الآلة وعــدم انتفاعه بارضــه وتلف زراعته وفقدانه للربح الذى كان سيحصل عليه نتيجة رى اراضى الجــيران ٠ ولكن القضاءفى هذا المثــال لم يحكم له بالتعــويض الا عن الاضرار المبــاشرة وهى تلف الآلــة أما الاضرار غير المباشرة فليست نتيجة طبيعية للحادث وكان من الممكن توقى نتائجــه ببذل معقول كشراء آلات أخرى أو رى الارض بوسيلة أخرى ٠

انعدام السببية لقيام السبب الاجنبى :

تنص المادة ١٦٥ على انه « اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يد له فيه كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كــان غير ملزم بتعويض هــذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » ٠

---

(١) starck P. 263

وعلى ذلك فالسبب الاجنبى (١) الذى يترتب عليه انعدام رابطة السببية هو :

١ - القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء ويتمثل فى الواقعة التى لا يمكن للانسان دفعها أو منع اثرها ولا يمكن توقعها • ومثال ذلك سقوط شجرة فى الطريق على سيارة تنقل مسافرين بالاجر ، فلا يكون السائق مسئولا عن الضرر الذى يحدث للمسافرين ولو كان يسير بسرعة لان الواقعة مصدر الضرر تعد قوة قاهرة •

٢ - خطأ المضرور ، فاذا اشترك فى احداث الضرر كل من خطأ المضرور وخطأ الغير ، فان العبرة هنا تكون بالخطأ الاشد حيث يستغرق الخطأ الآخر ، أو يعتد بالخطأ الاكثر جسامة والخطأ العمد •

أما اذا ترتب احد الخطأين على الخطأ الآخر بان كان احدهما نتيجة للآخر ، فان مرتكب الخطأ الاصلى وحده هو الذى يكون مسئولا • مثال ذلك سائق السيارة الذى يقودها بسرعة مخيفة ، مما يدفع الراكب الى جواره الى القيام بحركة خاطئة للنجاة ، فيحدث بنفسه ضررا نتيجة هذه الحركة • فالعبرة هنا بالخطأ الاصلى لصاحب السيارة •

أما اذا ساهم كل من الخطأين فى احداث الضرر ، ولم يستغرق أى منهما الآخر ، فان المسئولية تكون مشتركة بين المسئول والمضرور • ولا يلزم المسئول بتعويض كل الضرر ، بل ينتقص منه القدر الموازى لمسئولية المضرور • ومثال ذلك خطأ الصبى الذى تعلق بالسيارة فى لحظة ابطائها واصيب نتيجة ذلك •

٣ - خطأ الغير ، اذا نتج الضرر عن كل من خطأ الشخص وخطأ الغير ، فانه يعتد بالخطأ الذى يستغرق الخطأ الآخر ، كما لو كان

---

(١) starck P: 272
T: G: I: de Briey, Jugement rendu le 25 - 11 - 1982 (par Catherine Steckler)

جسيما او عمدا ، ويسأل صاحبه عن تعويض الضرر فى مجموعه ٠

أما اذا ساهم كل من الخطأين فى احداث الضرر ولم يستغرق احدهما الآخر ، فانه يجوز للمضرور ان يرجع على اى منهما بالتعويض كاملا ثم يتقاسم المسئولان مبلغ التعويض فيما بينهما على ضوء جسامة كل من الخطأين ٠

ومن التطبيقات القضائية :

قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم المطعون فيه قد اوضح اركان المسئولية الموجبة للتعويض من خطأ هو اخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافستهما المطعون عليه منافسة غير مشروعة ومن ضرر محقق نتيجة لان التسمية التى اتخذها الطاعنان لشركتهما توجد لبسا فى تحديد مصدر منتجات كل من الشركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل للنعى عليه بالقصور ٠

وقضت بانه متى اثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ ان يحدث عادة هذا الضرر فان القرينة على توفر علاقة السببية بينهما لصالح المضرور وللمسئول نفي هذه القرينة باثبات ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبى لا يد له فيه ٠

كما قضت بان توافر القوة القاهرة ينقضى بها التزام المدين من المسئولية العقدية ، وتنتفى بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية ، فلا يكون هناك محل للتعويض فى الحالتين ٠ وان القوة القاهرة قد تكون حربا أو زلزالا أو حريقا ، كما قد تكون امرا اداريا واجب التنفيذ ، بشرط ان يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع او التحرز منها ٠

فسقوط الامطار واثرها على الطريق الترابى - فى الظروف والملابسات التى ادت الى وقوع الحادث فى الدعوى الماثلة - من الامور المألوفة التى يمكن توقعها ولا يستحيل على قائد السيارة التحرز منها ٠

وقضت بان الاصل ان خطأ المضرور لا يرفع المسئولية وانما يخففها ولايعفى المسئول استثناءا من هذا الاصل الا اذا تبين من ظروف

الحادث ان خطأ المضرور هو العامل الاول فى احداث الضرر الذى اصابه وانه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول ٠

فاذا كان كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، الا انه اذا كان المضرور قد اخطأ ايضا وساهم هو الآخر فى الضرر الذى اصابه ، فان ذلك يجب ان يراعى فى تقدير التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على الغير الا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئا عن خطأين : خطأه وخطأ غيره ، يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه عملية المقاصة ٠ ولايكون الغير ملزما الا بمقدار التعويض عن كل الضرر منقوصا منه ما يجب ان يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه ٠

وقضت كذلك بان فعل الغير أو المضرور لا يرفع المسئولية عن الاعمال الشخصية أو يخفف منها الا اذا اعتبر هذا الفعل خطأ فى ذاته واحدث وحده الضرر او ساهم فيه ٠

وان صاحب البناء لا يعتبر مسئولا عما يصيب الناس من الاضرار ـ عند اقامة البناء ـ بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة ، الا اذا كان العمل جاريا تحت ملاحظته واشرافه الخاص ٠ فان عهد به كله او بعضه الى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسئوليته ، فهو الذى يسأل عن نتائج خطئه ٠

وقضت بانه لا يكفى لنفى علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه ، القول بوجود اسباب اخرى من شأنها ان تسبب هذا الضرر ذلك انه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر ان يتحقق توافر احد هذه الاسباب الاخرى وان يثبت انه السبب المنتج فى احداث الضرر فاذا كان الحكم قد اكتفى بايراد رأى علمى مجرد يقول بوجود عوامل اخرى تؤدى الى حدوث الضرر دون ان يتحقق الحكم من توافر احد هذه العوامل فى خصوصية النزاع وانه هو السبب المنتج

فى احداث الضرر ، فانه يكون قاصرا فيما اورده من اسباب لنفى علاقة السببيه بين الخطأ والضرر (١) ٠

المبحث الرابع

التعويض عن الضرر

La réparation du dommage

اذا توافرت اركان المسئولية استحق المضرور تعويضا عن الضرر الذى اصابه ٠ ويقصد بالتعويض عملية جبر الضرر الذى لحق المصاب ٠

والتعويض قد يكون عينيا بازالة الفعل الضار ، فمن يكسر لوحا من الزجاج لشخص آخر يعوضه عن ذلك باستبداله بلوح آخر مماثل (٢) ٠

غير انه فى اكثر الاحوال يتعذر التعويض العينى ولاسيما فى حالات الضرر الادبى ، فيتعين الحكم للمضرور بمبلغ من النقود على سبيل التعويض ٠ وهذا المبلغ قد يكون مجمدا أو مقسطا ٠

وقد يكون التعويض فى صورة اجراء آخر يزيل أثر الخطأ ، كالامر بنشر حكم ادانة المسئول عن القذف أو السب فى الصحف ، ترضية لمن وجه اليه القذف أو السب ٠

تقدير التعويض

يقدر القاضى التعويض طبقا للظروف ويراعى فى تقديره القواعد الآتيـة :

---

(١) انظر بالترتيب : نقض مدنى ١٢ نوفمبر ١٩٥٩ س ١٠ ص ٦٥١ ، ٢٨ نوفمبر ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٤٤٨ ، ٢٩ يناير ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٣٤٣ ، ٧ مارس ١٩٧٩ س ٤٥ رقم ٧٨٤ ، نقض جنائى ٢٩ يناير ١٩٦٨ س ١٩ ص ١٠٧ ، ١١ فبراير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٢٤٨ ، ٢ ابريل ١٩٦٨ س ٢٩ ص ٦٨٩ ، ٣٠ ابريل ١٩٦٣ س ١٤ ص ٣٦٦ ، ١٩ مايو ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٢٠١ ٠

(٢) Alex weill P: 822

١ ــ يقدر التعويض بقدر الضرر أى ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب ، فاصابة الشخص فى جسمه يترتب عليها نفقات العلاج والحرمان من الكسب اثناء التعطل عن العمل (الكسب الفائت) ٠

٢ ــ ويشمل التعويض الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر ، سواء اكان الضرر متوقعا أو غير متوقع ٠

٣ ــ يجب ان يراعى القاضى ــ عند تقدير التعويض ــ الظروف الخاصة بالمضرور أى الظروف الملابسة لوقوع الضرر ، كأن يكون شخصا يتعيش من عمله ، وكأن يكون هو العائل لاسرته ٠

٤ ــ يقدر التعويض عن الضرر بالصورة التى وصل اليها وقت النطق بالحكم لا فى تاريخ وقوعه ولا فى تاريخ رفع الدعوى ، وقد يترتب على ذلك ان يزيد مقدار التعويض عن تقديره وقت حدوث الضرر ، وقد يترتب عليه ايضا ان يكون اقل اهمية ٠

بل ان القضاء يستطيع ان يحتفظ للمضرور بحقه فى المطالبة بتعويض ما يطرأ من اضرار بعد الحكم ، فان لم يتيسر للقاضى وقت الحكم ان يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله ان يحتفظ للمضرور بالحق فى ان يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير (١) ٠

٥ ــ يجوز التأمين على المسئولية ، فتقوم شركة التأمين بدفع التعويض المستحق على المسئول الذى يبرم تأمينا على مسئوليته ، كالتأمين عن حوادث السيارات ، فهنا تدفع الشركة تعويضا للمصاب فى الحادث ٠

ومن التطبيقات القضائية :

قضت محكمة النقض بان تقدير التعويض على اساس المسئولية العقدية اخف منه على اساس المسئولية التقصيرية ، اذ يقتصر التعويض

---

(١) G: Goubeaux P: 902

فى المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول اما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع ٠

وجرى قضاء النقض على ان لمحكمة الموضوع ان تقضى بتعويض اجمالى عن جميع الاضرار التى حاقت بالمضرور ، ولكن الدوائر المدنية بتلك المحكمة تستلزم ان تبين محكمة الموضوع فى حكمها عناصر الضرر الذى قضت من اجله بالتعويض وان تناقش كل عنصر منهـا على حده وان تبين وجه احقية طالب التعويض وان تناقش كل عنصر منها على حده وان تبين وجه احقية طالب التعويض فيه أو عدم احقيته والا كان الحكم مشوبا بالقصور المبطل ٠

وقضت بان الريع يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثماره ، وتقدير هذا التعويض متى قامت اسبابه ولم يكن فى القانون نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه ـ هو من من سلطة قاضى الموضوع ، ولا تثريب عليه ان هو قرر قيمة التعويض المستحق لصاحب الارض عن حرمانه من الانتفاع بارضه بقدر الاجرة خلال المدة التى حرم فيها من هذا الانتفاع ، مادام ان القاضى قد رأى فى هذه الاجرة التعويض العادل الجابر للضرر الناشىء عن هذا الحرمان ٠

وقضت بان التعويض يجب ان يضم نفقات العلاج الفعلية والاضرار المستقبلة التى طالب الطاعن بالتعويض عنها نتيجة الحادث (عمليات جراحية وتجميلية) طالما انها محققة الوقوع ٠

وقضت بان مراعاة الظروف الملابسة فى تقدير التعويض امر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع بلا معقب عليه فى ذلك ٠ بل حسبما يتبينه من ظروف الدعوى ٠

وان للمضرور من أى عمل غير مشروع ان يطالب بتعويض الضرر ، سواء فى ذلك ما كان قائما وقت الغصب او ما تقدم من ضرر بعد ذلك الى تاريخ الحكم ، وقد جرى القضاء بانه كلما كان الضرر متغيرا

يتعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار اليه عند الحكم (١) ·

وفيما يتعلق بالتأمين على المسئولية :

قضت محكمة النقض بان التأمين الاجبارى على حوادث السيارات ، لا يشترط فيه لالزام شركة التأمين بمبلغ التعويض سوى ان يكون محكوما به بحكم قضائى نهائى · واذا كان الحكم الابتدائى الصادر بالزام المؤمن عليه بالتعويض قد اصبح نهائيا لعدم استئنافه ، فانه لا يقبل من شركة التأمين ان تنازع فى مقدار التعويض المحكوم به ، أو ان تحدد مسئوليتها باقل مما حكم به ضد المؤمن له لما فى ذلك من مخالفة للقانون ·

وقضت بان حق المضرور قبل المؤمن ينشأ من وقت الحادث الذى ترتبت عليه مسئولية المؤمن له ، مستقلا عن حق المؤمن له قبل المؤمن ، لأن المضرور ليستمد حقه المباشر بموجب النص القانونى من نفس العمل غير المشروع الذى انشأ حق المؤمن له (٢) ·

تقادم الحق فى التعويض :

حددت المادة ١٧٢ الوقت الذى يسقط فيه حق طلب التعويض امام القضاء ، أى مدة تقادم دعوى المسئولية التقصيرية ، فنصت على ان : ـ

١ ـ تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث

---

(١) انظر بالترتيب : نقض مدنى ١١ نوفمبر ١٩٦٥ س ١٦ ص ١٠٠٩ ، ٨ فبراير ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٣٩٥ ، ١٥ اكتوبر ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١١٤٦ ، ٩ نوفمبر ١٩٧٦ س ٢٦ ص ١٥٤٠ ، ٣٠ ابريل ١٩٦٤ س ١٥ ص ٦٣١ ، ٣ فبراير ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٨٠ ، ١٤ نوفمبر ١٩٥٧ س ٨ ص ٧٨٣ ·

(٢) نقض مدنى ٢٦ فبراير ١٩٧٦س ٢٧ ص٢٤ ٥ ، ٢٧ مارس ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٥٠٠ ·

الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال ، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

٢ ـ على أنه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الفعل غير المشروع الذى نشأ عنه اتلاف السيارة ، والذى يستند فيه الطاعنان فى دعوى التعويض الحالية قد نشأ عنه فى الوقت ذاته جريمة قتل مورثهما بطريق الخطأ ورفعت عنها الدعوى الجنائية ، فان سريان التقادم بالنسبة للدعوى الحالية تقف طوال المدة التى تقوم فيها المحاكمة الجنائية ، ولا يعود التقادم الى السريان الا منذ صدور الحكم الجنائى النهائى او انتهاء المحاكمة لسبب آخر (١) .

وقضت كذلك بانه اذا كان تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع يتم بمرور ٣ سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول ، فان المراد بالعلم هنا هو العلم الحقيقى ، ولا وجه لافتراض تنازل المضرور عن التعويض بمرور الثلاث سنوات دون مطالبة وسقوط حقه فى حالة العلم الظنى ، وهذا العلم يعد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع (٢) .

---

(١) نقض مدنى ٢٣ يناير ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٢٣٣ .

(٢) نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٧٨ س ٤٥ رقم ٨٧٠ لم ينشر ، ١ يونيو ١٩٧٦ س ٧ ٢ص ١٢٤٧ .

الفصل الثانى

المسئولية عن فعل الغير (١)

اذا كانت المسئولية الشخصية توجب اثبات الخطأ فى جانب المسئول ، فان المسئولية عن فعل الغير تقوم على خطأ مفترض غير واجب الاثبات ، وذلك لتسهيل حصول المضرور على التعويض ٠ وتتميز المسئولية عن عمل الغير كذلك بجواز رجوع المضرور على شخص آخر غير مرتكب الفعل الضار ٠

والغير اولذى يسأل الشخص عن افعاله ، اما ان يكون انسانا فى حاجة الى الرقابة يلتزم المسئول برقابته واما ان يكون تابعا للمسئول ٠ ونتناول كل من الفرضين على حده ٠

المبحث الاول

مسئولية متولى الرقابة عمن هم فى رقابته

يلزم لقيام مسئولية متولى الرقابة شرطان :

١ ـ ان يتولى شخص الرقابة على شخص آخر ٠

٢ ـ صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة ٠

اولا : تولى الرقابة

يجب ان يكون هناك التزام بالرقابة للشخص على الغير ٠ والالتزام بالرقابة اما ان ينشأ بحكم القانون كالاب بالنسبة لابنه القاصر ، واما بمقتضى اتفاق ، كمدير مستشفى الامراض العقلية الذى يتولى الرقابة على مرضاه ٠

والرقابة على القاصر تعد لازمة حتى بلوغه سن ١٥ سنة ، وتكون الرقابة للاب أو الجد او العم أى لولى النفس - فاذا ظل القاصر بعد بلوغ هذه السن فى كنف من يتولى تربيته فانه يخضع للرقابة حتى سن ٢١ سنة ، اما اذا استقل فى حياته فانه لا يخضع للرقابة ٠

وتنتقل الرقابة الى المدرسة او الى معلم الحرفة فى الاوقات التى يوجد بها القاصر فى تلك الاماكن ٠

---

(١) Responsabilité du fait d'autrui

ثانيا : ارتكاب المشمول بالرقابة عملا غير مشروع

ينبغي ان تتحقق مسئولية من هو تحت الرقابة ، أى ان يصدر منه عمل غير مشروع يصيب الغير بضرر • فاذا قذف طفل صغير بحجر فهشم به زجاج سيارة تقف امام منزل والده ، كان الوالد مسئولا عن تعويض الغير •

اساس مسئولية متولى الرقابة ودفعها :

تقوم مسئولية متولى الرقابة على اساس خطأ مفترض فى جانبه ، وهو الخطأ فى تربية القاصر أو فى مراقبته (١) • ولكن يسمح القانون لمتولى الرقابة باثبات عكس الخطأ المفترض فى جانبه وذلك بان يثبت بانه قد قام بالرقابة على خير ما ينبغى ، بان يثبت مثلا بان العمل غير المشروع قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك سبيل الى دفعه ، أو يثبت انقطاع الصلة بين خطئه والضرر الحادث ، أى يثبت قيام السبب الاجنبى كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور •

تطبيقات قضائية :

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا اقام الحكم المطعون فيه قضاءه بمسئولية الاب عن خطأ ابنه الذى كان يبلغ تسع سنوات وقت الحادث على اساس ان الخطأ وقع فى حضوره وانه اهمل فى رقابة ابنه اذ شاهده فى الطريق قبل وقوع الحادث يلهو بلعبة النبلة ، وهى اداة الفعل الذى سبب الضرر ، دون ان يتخذ الحيطة لمنعه من ممارسة هذه اللعبة بل تركه يلهو بها مع ما فى استعمالها من خطر وقد تحقق فعلا فاصيب المطعون ضده فى احدى عينيه ، وكانت الظروف التى وقع فيها الحادث من شأنها ـ فى مثل هذه الظروف ـ حدوث الخطر فى مزاولتها ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون •

وقضت بان القائم على تربية القاصر وان كان ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك القاصر للغير بعمله غير المشروع ، وان هذه

---

(١) سليمان مرقص ص ٣٨٦ •

المسئولية تقوم على خطأ مفترض لمصلحة المضرور هو الاخلال بواجب الرقابة ، الا ان هذه الرقابة تنتقل الى من يشرف على تعليمه أثناء وجوده فى المدرسة ، فلا يستطيع المكلف بالرقابة ان يدرأ مسئوليته الا اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر وقع بسبب اجنبى او خطأ من المضرور او خطأ ثابت فى جانب الغير ٠

وان رئيس المدرسة بوصفه رقيبها الاول يلتزم بتعويض الضرر الذى يحدثه القاصر بعمله غير المشروع اثناء وجوده بالمدرسة ، وتقوم هذه المسئولية على خطأ مفترض لمصلحة المضرور هو الاخلال بواجب الرقابة ولا يستطيع رئيس المدرسة وهو مكلف بالرقابة ان يدرأ مسئوليته الا اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او اثبت ان الضرر كان لابد واقعا حتى ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى له من حرص وعناية ، ولما كانت مسئولية رئيس المدرسة لا ترتفع بمجرد اختيار مشرفين من المعلمين لملاحظة التلاميذ اثناء وجودهم بالمدرسة بل تقوم الى جانب مسئولية هؤلاء المشرفين بناء على خطأ مفترض فى واجب الرقابة بوصفه قائما بادارة المدرسة ٠

وقضت بان المادة ١٧٣ مدنى تجعل الوالد مسئولا عن رقابة ولده الذى لم يبلغ سن ١٥ سنة أو بلغها وكان فى كنفه ٠ وان المسئولية هنا مفترضة فى حق الوالد وتبقى الى ان يبلغ الولد سن الرشد ما لم يقم به حاجة تدعو الى استمرار الرقابة عليه ، او الى ان ينفصل فى معيشة مستقلة ٠ وتقوم هذه المسئولية على قرينة مفترضة فى حق الوالدأو من وجبت عليه الرقابة ، مقتضاها انه اخل بواجب الرقابة او اساء تربية ولده او الامرين معا ٠ ولا تسقط هذه القرينة الا باثبات العكس اى باثبات قيامه بواجب الرقابة او ان الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب اى بما ينبغى من العناية وعلى الوالد كذلك اثبات انه لم يسيىء تربية ولده ٠

ورأت المحكمة الاستئنافية فى حدود سلطتها التقديرية ان الحادث وهو ان طالبا قد ركل طالبا آخر فى بطنه ركلة افضت الى موته اثناء وجودهما بفناء المدرسة ـ بالصورة التى وقع بها ما كان

ليقع لو ان ناظر المدرسة والمشرف المعين قاما بواجب الرقابة المفروض عليهما • وانتهت المحكمة باسباب سائغة الى ان المفاجأة فى وقـوع الحادث التى قال بها الطاعن لم تتحقق وبالتالى لم تنتف علاقة السببية المفترضة بين الخطأ المفترض والضرر •

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بان ادارة المدرسة التى ترتب امر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل اهليتهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهى ضامنة سلامتهم وردهم اليهم • وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم فى هذه الرحلة مسئولية عقدية تترتب عليها بمجرد اصابتهم ، وعليها هى يقع عبء اثبات عذرها ، بان تثبت ان مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرض ، وان تقصيرا لم يقع منهم ، وان اية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ (١) •

المبحث الثانى

مسئولية المتبوع عن فعل التابع

شروط تحقيق المسئولية :

يلزم لقيام مسئولية المتبوع عن عمل التابع توافر شرطين : الاول قيام علاقة التبعية ، والثانى وقوع خطأ من التابع فى تأدية وظيفته أو بسببها •

١ — رابطة التبعية : وتتمثل فيما يكون للمتبوع من سلطة فعلية فى رقابة وتوجيه التابع بالنسبة للاعمال التى يلتزم التابع القيام بها لحساب المتبوع • أى ان يكون التابع فى حالة خضوع للمتبوع بحيث يكون للاخير عليه سلطة الرقابة والتوجيه (٢) • ولايهم

---

(١) انظر الاحكام السابقة بالترتيب : نقض مدنى ٢٣ ديسمبر ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٣٠٣ ، ٨ يونيه ١٩٧٢ س ٢٣ ص ١٠٧٥ ، ١١ مارس ١٩٧٥ س ٢٦ ص ٥٤٩ ، ٨ اكتوبر ١٩٧٩ س ٣٠ ص ٧٥٥ ، استئناف مصر ٢٤ ديسمبر ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١١٦٦ •

(٢) Starck P: 221

ان تستند السلطة الى سبب قانونى بل يكفى ان تكون سلطة فعلية او واقعية • وليس من الضرورى ان يكون المتبوع حرا فى اختيار التابع فموظفى المجالس المحلية الذين تعينهم الحكومة ، تسأل عنهم هذه المجالس وان لم يكن لها يد فى اختيارهم •

واذا كانت مسئولية متولى الرقابة عامة لا تتناول عملا معينا ، الا ان مسئولية المتبوع تنحصر فى نطاق العمل الذى يقوم به التابع لحسابه •

تنعدم المسئولية اذا لم يكن هناك سلطة الرقابة والتوجيه ، فالمقاول لا يعتبر تابعا لرب العمل •

وقد تنتقل التبعية مؤقتا من شخص الى آخر ، وذلك كمن يستعير سائق سيارة يعمل بشركة •

٢ ـ خطأ التابع اثناء اداء وظيفته أو بسببها : ويجب ان تتحقق مسئولية التابع باركانها الثلاثة • ومن يطالب المتبوع بتعويضه عن خطأ تابعيه عليه ان يثبت خطأهم اى قيام مسئوليتهم •

ويشترط ثانيا وقوع الخطأ من التابع حال تأدية العمل أو بسببه ، اما اذا وقع بمناسبة الوظيفة او خارجها فلا يكون المتبوع مسئولا عنه •

فاذا ارتكب سائق السيارة حادثا اثناء العمل فان هذا خطأ حال تأدية العمل • وضابط الشرطة الذى يحبس شخص بدون وجه حق ، ما كان ليتمكن من ذلك لولا وظيفته ، فالخطأ هنا بسبب العمل •

اما اذا كان الخطأ غير متعلق بالعمل ، بل كان العمل مجرد مناسبة له ، فلا يكون المتبوع مسئولا عنه بل تنشأ مسئولية المتبوع وحده (١) • كالخفير الذى يستخدم بندقيته لتسوية حساب شخصى • فالوظيفة مجرد مناسبة هيأت له وجود السلاح تحت يده •

---

(١) Carbonnier P: 362

اساس المسئولية :

اختلفت الآراء فى تأسيس مسئولية المتبوع عن افعال التابع :

١ - ذهب البعض الى ان مسئولية المتبوع تقوم على اساس خطأ مفترض فى جانبه ، سواء فى اختيار التابع او فى رقابتـه وتوجيهه • وانه لا يقبل منه اثبات عكس هذا الافتراض •

٢ - وحاول البعض تأسيس تلك المسئولية على فكرة تحمـل التبعة ، فالمتبوع يستفيد من عمل التابـع فعليه ان يتحمل تبعة هـذا العمل •

٣ - والاتجاه الاكثر قبولا هو الذى يرى ان المتبوع ضـامن للتابع ، أى أنه فى حكم الكفيل • فهذه المسئولية تقوم على ضـمان من المتبوع لمصلحة الغير لكـل ما يترتب على خطأ تابعيه من اضرار لهم ، وهذا الضمان يقوم بحكم القانون (١) •

مسئولية التابع ورجوع المتبوع عليه :

لا تثبت مسئولية المتبـوع الا اذا كان التابع مسـئولا عن الضرر الذى سببه للغير ، ويكون للغير المضرور الخيار بين الرجوع على التابع او الرجوع على المتبوع ، وبين الرجوع عليهما معا • ولكن الضرر الواحد لا يعوض عنه الا مرة واحدة (٢) •

فاذا دفع المتبوع التعويض فانه يستطيع ان يرجع بما دفعه على التابع ، هذا اذا كان الضرر قد حدث بخطأ التابع وحده ، اما اذا كان الخطأ مشتركا بين التابع والمتبوع فان المسئولية توزع بينهما ولا يجوز للمتبوع ان يرجع على التابع الا بقدر نصيبه فى المسئولية فقط •

تطبيقات قضائية :

- قيام علاقة التبعية :

قضت محكمة النقض بان مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه

---

(١) انور سلطان ص ٤٠٥ •

(٢) نقض ٩ مايو ١٩٦٣ س ١٤ ص ٦٦٣ •

تابعة بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، تتحقق اذا كان للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى توجيهه ورقابته فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع ولا ضرورة لان تكون هذه السلطة عقيدة تقوم على الاختيار بل ان مناطها هو السلطة الفعلية التى تقوم حتى ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار التابع متى كانت له عليه سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه .

وقضت بان المرشد يعتبر أثناء قيامه بعملية ارشاد السفينة تابعا للمجهز لانه يزاول نشاطه فى هذه الفترة لحساب المجهز ويكون الحال كذلك ولو كان الارشاد اجباريا .

وقضت بانه لا يرفع المسئولية المدنية عن مالكة المجلة ادعاؤها بعدها عن اعمالها التى يقوم بها ابنها الناشر وحده ما دامت هى التى اختارته لهذا العمل اذ هو يعتبر تابعا لها تسأل عن خطئه ما بقيت ملكية المجلة لها .

ويكون الجندى فى الجيش تابعا لوزارة الدفاع ، اذ يتلقى منها التوجيه العام .

ولا يكون البواب تابعا للسكان ولو كان يتقاضى منهم اجرا تلقاء خدمات صغيرة ، ولكنه تابع لصاحب العمارة ، ويكون هذا مسئولا عنه اذا احدث ضررا بالسكان او بالغير او اذا سرق احد السكان باهمال من البواب . ولا ترتفع مسئولية صاحب العمارة حتى لو اشترط فى عقد الايجار اعفاءه من المسئولية عن اعمال البواب ، فالمسئولية التقصيرية لا يجوز اشتراط الاعفاء منها .

وقضت بانه وان كان قيام رابطة التبعية لا يقتضى ان يكون المتبوع حرا فى اختيار تابعه الا انه يشترط لقيام هذه التبعية ان يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه . وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح فى مستشفى عام على الطبيب الذى عينته

،ـارة المستشفى لاجراء التخدير (١) •

ـ خطأ التابع في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها :

قضت محكمة النقض بانه لا تقوم مسئولية الحكومة عن تعويض الاضرار التى تلحق الافراد بسبب الاضطرابات والقلاقل الا اذا اثبت ان القائمين على شئون الامن قد امتنعوا عن القيام بواجباتهم وقصروا فى ادارتها تقصيرا يمكن وصفه فى الظروف التى وقع فيها الحادث بانه خطـأ •

وقضت بانه اذا كان المتهم قد ذكر ان تابعى الشركة كانا يشتركان معه ومع آخر فى سرقة الاخشاب المملوكة لذات الشركة وان هذا الذى حدث ما كـان يتم لولا وظيفتهم بالشركة التى لولاها وماهيأته لهم من معرفة مكان الاخشـاب والامكنـة التى يمكن تهريبهـا منه ، لما وقعـت الجناية التى ادت الى قتل المعـين حارسا على مهمـات الشركـة ، والذى حاول ضبط السرقة ، نتيجة طلق عيـار نارى من المتهم • ومن ثم فان مسئوليـة الشركة تضحى قائمـة ، اذ ان الجـريمة قد وقعـت بسبب الوظيفة وبمناسبتها وقد هيـأت الوظيفة فرصتها • فما وقع من تابعى الشركة ووصفه بانه خطأ وقع بسبب الوظيفة وبمناسبتها ويترتب عليه توافر رابطة السببية اللازمة لترتيب مسئولية الشركة •

وقضـت بان المسئولية لا تكـون مقتصرة على خطأ التابع ، وهـو يؤدى عملا من اعمال وظيفته او ان تكون الوظيفة هى السـبب المباشر لهذا الخطأ ، او ان تكون ضرورية لامكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية ايضا كلما كان فعل التابـع قد وقع منه اثناء تأديـة الوظيفة او كلمـا استغل وظيفته او ساعدته هذه الوظيفة على اتيان فعله غير المشروع او

---

(١) انظر بالتـرتيب : نقض مدنى ٢٣ نوفمبـر ١٩٧٨ س ٤٣ رقم ٤٨١ ، ٢٤ اكتـوبر ١٩٦٣ س ١٤ ص ٩٧٤ ، نقض جنـائى ١٦ يناير ١٩٥٠ س ١ ص ٢٥١ ، ٢٩ اكتوبر ١٩٤٥ (استئناف مصر) المحـاماة ٢٦ ص ٦٥٢ ، استئناف مختلـط ١٤ مـارس ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ ، ٢٤ فبـراير ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٦٨ ، نقض مدنى ٣ يوليـة ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٠٩٤ •

هيأت له بأى طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكبه لمصلحة المتبوع او عن باعث شخصى ، وسواء اكان الباعث الذى دفعه اليه متصلا بالوظيفة أم لا علاقة له بها ، وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه ٠

فالخفير الذى يطلق فى رعونة عيارا ناريا فى اثناء حراسته ليلا فيصيب شخصا يكون قد ارتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه ٠

ويخرج عن نطاق مسئولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ لم يكن بينه وبين ما يؤدى من اعمال الوظيفة ارتباط مباشر ولم تكن هى ضرورية فيما وقع من خطأ ولا داعية اليه (١) ٠

اساس وطبيعة المسئولية :

قضت محكمة النقض بان مسئولية المتبوع تقوم على اعمال التابع الغير مشروعة على اساس الخطأ المفترض من جانب المتبوع لتقصيره فى مراقبة من عهد اليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع ولا يجوز الاعفاء منها لتعلقها بالنظام العام ٠

وتقوم هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضا لا يقبل اثبات العكس ، أى باثبات انه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه والرقابة على اعماله ٠

وقضت بان مسئولية مالك السيارة التى احدثت الضرر هى مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه قائد السيارة ومؤداها ان يكون المالك كفيلا متضامنا للسائق فى اداء التعويض الذى يحكم به عليه ٠

وانه لا يجوز للمتبوع ان يرجع على تابعه بالتعويض المحكوم به للمضرور الا اذا قام بادائه للمضرور ٠

---

(١) انظر بالترتيب نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٦٨ س ١٩ ص ٥٧٦ ، ١٨ مارس ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٦٩٧ ، نقض جنائى ٢ فبراير ١٩٢٥ المحاماة ٥ ص ٧٣٧ ، ١٣ ديسمبر ١٩٦٠ س ١١ ص ٨٩٧ ٠

وقضت بانه يجوز للتابع اذا رجع عليه المتبوع بما دفعه للمضرور ان يثبت ان المتبوع قد اشترك معه فى الخطأ ، وهنا يقسم التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما (١) ٠

(١) انظر بالترتيب : نقض مدنى ٧ نوفمبر ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٦١٤ ، ١٨ مارس ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٦٩٧ ، ١٤ ديسمبر ١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٧٩٨ ، ٣٠ يناير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٩٩ ، ٢٦ نوفمبر ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٢٨٦ ٠

الفصل الثالث

المسئولية عن ضرر الاشياء (١) ٠

يمكن ان تنشأ مسئولية الشخص عن الاشياء التى يكون مكلفا بحراستها اذا ما سببت ضررا للغير ٠ وقد نص المشرع على ثلاث حالات للمسئولية الناشئة عن الاشياء تقوم جميعها على فكرة الخطأ فى الحراسة وهى : مسئولية حارس الحيوان ، مسئولية حارس البناء ، مسئولية حارس الاشياء التى تحتاج الى عناية خاصة ٠

المبحث الاول

مسئولية حارس الحيوان

La responsabilité du gardien des animaux

تنص المادة ١٧٦ على ان « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب اجنبى لا يد له فيه » ٠

ولدراسة هذا النص نتناول شروط المسئولية ثم نعرض لاساسها ٠

شروط المسئولية : -

يلزم لتحقق مسئولية حارس الحيوان توافر شرطين :

١ - تولى شخص حراسة حيوان : ينبغى ان يكون الحيوان فى حراسة مسئول ، أى يكون له السيطرة الفعلية عليه ، والاصل ان مالك الحيوان هو حارسه ، الا اذا اثبت المالك ان الحراسة وقت وقوع الضرر كانت لغيره ، مثل اعارة الحيوان او اجارته ٠ وتنتقل الحراسة برضا المالك او بغير رضاه ، فالسارق يعد حارسا للحيوان ٠

وتظل الحراسة للمالك حتى لو ضل أو تسرب ، وحتى لو كان فى يد السايس أو الخادم لان هؤلاء يسيطرون على الحيوان لحساب المالك الذى تبقى له السيطرة الفعلية ٠ ويشمل اصطلاح الحيوان كل انواع الحيوانات ، الاليف وغير الاليف ٠

---

(١) La responsabilité du fait des choses

٢ ـ وقوع ضرر للغير بفعل الحيوان ، وينبغى ان يصدر الضرر عن فعل ايجابى للحيوان ، فمن يتعثر فى جسم حيوان نائم فيقع ويصاب لا يستطيع إن ينسب الضرر الى الحيوان • ولا يلزم لنسبة الضرر الى الحيوان ان يحدث تلامس بينه وبين المضرور ، بل يكفى ان يكون الضرر من تأثيره ولو عن بعد ، كمن يصاب بذعر نتيجة ظهور حيوان مفترس ويصاب باذى نتيجة عبوره السريع للطريق (١) •

والضرر الذى يسأل عنه الحارس هو ذلك الذى يقع للغير • ويعتبر من الغير تابع الحارس أو السايس •

اساس المسئولية ودفعها :

تقوم مسئولية حارس الحيوان على فكرة الخطأ فى الحراسة • والخطأ هنا مفترض لا يطالب المضرور باثباته ، ولا يقبل اثبات العكس ، أى لا يستطيع الحارس اثبات انه قام بالحراسة الكافية ، وكل ما يمكنه هو نفى علاقة السببية أى اثبات ان الضرر قد وقع بسبب اجنبى عن الحارث كحادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ الغير •

ومن الامثلة العملية :

قضاء محكمة النقض بان حارس الحيوان هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه ويملك التصرف فى امره ولا تنتقل الحراسة من مالك الحيوان الى التابع المنوط به ترويضه وتدريبه ، ذلك انه وان كان للتابع السيطرة المادية على الحيوان وقت تدريبه الا انه اذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويتلقى تعليماته فى كل ما يتعلق بهذا الحيوان ، فانه يكون خاضعا للمتبوع مما تظل معه الحراسة لهذا الاخير ، اذ ان العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على اساس الخطأ المفترض هى بسيطرة الشخص على الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه •

فاذا عض كلب انسانا ، ولم يكن الكلب موضوعا فى قيد بل ترك طليقا فى الحديقة مع انه كلب خطر ، فان صاحب الكلب مسئول

---

(١) نقض ٢ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٥٣١ •

حتى لو كان المضرور يعلم ان الكلب خطر ٠

فالقانون يفترض وقوع خطأ او أهمال من مالك الحيوان الذى احدث ضررا بالغير ، ولذا جعله مسئولا عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد ٠ والمصاب فى غير حاجة الى اقامة الدليل على خطأ أو اهمال من المالك لان القانون افترض خطأه ٠ ولما كان تدخل المصاب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب الحمير لمنع الحمير من التشاجر فيما بينها دون الاستعانة بعصا لا يعد خطأ او اهمالا منه ، لذلك تكون المسئولية واقعة على المالك ، لان خطأه المفترض قانونا لم يرفع بخطأ المصاب ٠

اما اذا ثبت خطأ فى جانب المصاب ، فان هذا الخطأ قد ينفى علاقة السببية ما بين الضرر والخطأ المفترض فى جانب المسئول ٠ فاذا ثبت ان الجمل انتزع رباطه من الوتد وعض الخادم المكلف بخدمة المواشى ، وثبت ان الخادم لم يتخذ الاحتياطات الضرورية لتكميم الجمل ، كأن الضرر ليس الا نتيجة اهمال المصاب وتعين رفض دعواه (١) ٠

---

(١) نقض مدنى ٢ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٥٣١ ، استئناف مختلط ٣ ابريل ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ ، استئناف اسيوط ١٥ ابريل ١٩٣١ س ٣٣ ص ٨٠ ، طنطا استئنافى ١٠ فبراير ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ ص ٣٣٧ ٠

المبحث الثانى

مسئولية حارس الاشياء

تنص المادة ١٧٨ على ان « كـل من تولى حراسة اشـياء تتطلب عناية خاصة او حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هـذه الاشـياء من ضرر ، ما لم يثبت ان وقـوع الضرر كان بسـبب اجنبى لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من احكام خاصة . »

شروط المسئولية : ـ

١ ـ حراسة اشياء تقتضى عنايتها حراسة خاصة :

وتكـون الحراسـة لمن له السـيطرة الفعليـة على الشيىء ، أى كحارس الحيوان ، فـان حارس الشيىء هو من له استعمال وتوجيـه ورقابة هذا الشيىء .

وتثبت الحراسـة من حيث الاصل لمالـك الشيىء ، ما لم يثبـت هذا الاخير ان الشيىء وقت وقوع الضرر كان فى حراسة غيره (١) .

وتنتقل الحراسة من المالـك الى الغير سواء بارادته (الاتفـاق) مثل المنتفع والمستأجر والمستعير للشيىء والميكانيكى الذى يقوم باصلاح الآلة ، وقد تنتقـل رغما عنه كما فى حالـة السرقة ، فالسارق يعتبـر حارسا للشيىء المسروق .

والاشياء التى تحتاج الى عناية خاصـة هى الاشياء المـادية غير الحية . وقد تكون الاشياء خطرة بطبيعتها مثل الاسلحة والمفرقعـات والمواد الكيمـاوية ، وقد تكون كذلك بحسـب الظروف الملابسـة لهـا كالاشجار اذا مال جذعها لقدمهـا والسلم المدهون بمـادة لزجة تجعـل الانزلاق عليه أمرا محتملا ، فقد يكون الشيىء غير خطر بطبيعته ولكنه يصبح كذلك فى ظروف معينة بالذات مما يستوجب حراسته (٢) .

---

(١) starck P: 172

(٢) نقض ٢٥ مارس ١٩٦٥ س ١٦ ص ٣٩٦ .

Catherine Steckler, op: cit:

٢ - حدوث ضرر بفعل الشيىء :

فلا تتحقق مسئولية حارس الشيىء الا اذا وقع ضرر من فعل الشيىء ، وان يحدث هذا الضرر نتيجة لحركة ايجابية من جانب الشيىء الخطر ، كأن تدهم السيارة عابرا اثناء تحركها . ويستوى ان ينتج الضرر عن حركة ذاتيه للشيىء ، أو فى حالة ما اذا كان بيد انسان تحركه (كالعامل) ، فلا يلزم اثبات خطأ الانسان بل تقوم المسئولية مباشرة على عاتق الحارس على اساس الخطأ المفترض فى جانبه .

اما اذا كان الشيىء ساكنا وقت حدوث الضرور فلا يسأل الحارس ، فاذا سقط شخص على البلاط وجرح لا يكون مالك البلاط مسئولا . ولكن يمكن ان يكون الشيىء ساكنا أى تدخل سلبيا فى احداث الضرر وذلك فى حالة ما اذا كان فى وضع شاذ او معيب . فعندئذ يكون الحارس مسئولا عما يحدثه من ضرر للغير ، وذلك كمن يضع سيارته فى مكان غير معد لذلك فيصطدم بها شخص ويصاب .

اساس المسئولية - افتراض الخطأ :

تقوم مسئولية حارس الاشياء - كحارس الحيوان - على اساس خطأ مفترض فى جانب الحارس ، فلو كان قد قام بالحراسة اللازمة لما افلت زمام الشيىء من يده واصاب الغير بضرر . فكلما حدث ضرر نفترض انه نشأ من افلات زمام الشيىء من صاحبه . وهذا هو الخطأ المفترض الذى لا يكلف المضرور باقامة الدليل عليه .

ولا يستطيع الحارس ان ينفى الخطأ عن نفسه باثبات انه قام بواجب العناية ، الا انه يستطيع دفع المسئولية بنفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر ويكون ذلك باثبات السبب الاجنبى اى باثبات القوة القاهرة أو خطأ الغير او خطأ المضرور نفسه .

تطبيقات قضائية :

- الحراسة :

قضت محكمة النقض بان حارس الاشياء الذى يفترض الخطأ فى جانبه هو ذلك الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة

الفعليـة على الشيىء قصدا واسـتقلالا ، ولا تنتقل الحراسـة منه الى تابعه المنوط به اسـتعمال الشيىء ، لانه وان كـان للتابع السـيطرة المادية على الشيىء وقت اسـتعماله الا انه اذ يعمل لحسـاب متبـوعه ولمصلحته ويأتمر بأوامـره ، ويتلقى تعليماته ، فانه يكـون خاضـعا للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوى للحراسة ويجعل المتبوع وحـده هو الحارس على الشيىء كما لو كان هو الذى يستعمله ، ذلك ان العبرة فى قيام الحراسة الموجبة للمسئولية على اساس الخطأ المفترض هى بسيطرة الشخص على الشيىء سيطرة فعلية لحساب نفسه • فاذا كانت الوزارة هى المالكة للطائرة وعهدت الى تابعها بمهمة تدريب طلبة كلية الطيران ، فان سقوطها به عند اختباره لاحد الطلبة يرتب مسئولية الوزارة لان لها الحراسة على الطائرة وقت الحادث باعتبـارها صاحبة السـيطرة الفعلية عليها ، ولا تنتفى عنها هذه المسئولية الا اذا اثبتت ان وقـوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يد لها فيه •

وقضت بانه اذا كانـت السيارة قد سـقطت فوق العـامل ولقى مصرعه اثناء اصـلاحه لها داخـل جراج الشركة ، فان الحراسـة على السـيارة وقت الحـادث تكون للشركة باعتبـارها صاحبـة السـيطرة الفعلية عليها ولم تنتقل الى مورث الطاعنين •

وقضت بمسئولية ملاك المصعد عن الحادث الذى يقع للمستعملين له باعتبارهم حراسا للمصعد ، فمسئوليتهم تتحقق ولو لم يقع منهم أى خطأ لانها مسئولية ناشئة عن الشيىء ذاته (١) •

- اساس المسئولية :

قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الشركة قد عهدت الى مقاول بسد فتحات فى ابواب مبان مملوكة لها ، وفى يوم الحادث كان احـد العمال التابعين للمقاول يقوم بعمله واثناء مروره صعقه سلك كهربـائى مسند على حائـط المبنى ، فان الحراسـة على هذا السلك تكون وقـت الحادث معقودة للشركة باعتبارها صاحبة السيطرة الفعلية على البنـاء

---

(١) انظر بالترتيب : نقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٦٥ س ١٦ ص ٣٩٦ ، ١٢ ابريـل ١٩٧٩ س ٤٥ رقم ١٠٧٢ ، ٢٥ ابريـل ١٩٧٨ س ٤٤ رقم ١٤٩ •

والسلك الكهربائى الموجود فيه ، ولم تنتقل هذه الحراسة الى المقاول لان عملية البناء التى اسندت اليه لا شأن لها بالاسلاك الكهربائية الموجودة فى المبنى اصلا ، وبالتالى تكون الشركة مسئولة عن الضرر الذى لحق ورثة العامل مسئولية اساسها خطأ مفترض · ولا تنتفى هذه المسئولية الا اذا اثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يد لها فيه ·

وقضت بانه اذا كان مرفق مياه القاهرة قد عهد الى مقاول بالقيام باعمال الحفر لوضع انابيب المياه وردمها ، وكان من نتيجة هذا الحفر ان انكشفت الاسلاك الكهربائية مما ترتب عليه سقوط احد الاطفال فى احدى الحفر وموته بالتيار الكهربائى ، فان الحراسة على الحفر والاسلاك تكون منوطة بالمرفق باعتبار انه صاحب السيطرة الفعلية ، وتظل الحراسة للمرفق ولا تنتقل الى المقاول اذ العقد المبرم بينهما هو من عقود الاشغال العامة يمارس المرفق العام بمقتضاه سلطته فى الرقابة والتوجيه والاشراف على هذه الاعمال تحقيقا للمصلحة العامة ، ويقوم فيه المقاول بالعمل لحساب المرفق ، وتكون الحفر والاسلاك من الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، فيكون المرفق مسئولا عن الضرر مسئولية اساسها خطأ مفترض ·

وهذا الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس ، ومن ثم فهذه المسئولية لا تدرأ عن الحارس باثبات انه لم يرتكب خطأ ما وانه قام بما ينبغى من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشيىء الذى يتولى حراسته · وهى لا ترتفع الا اذا اثبت الحارس ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبى لا يد له فيه ، وهذا السبب لا يكون الا قوة قاهرة أو خطأ المضرور او خطأ الغير ·

وقضت بان السبب الاجنبى هو ان يكون الفعل خارجا عن الشيىء فلا يكون متصلا بداخليته او تكوينه ، فاذا كان الضرر راجعا الى عيب فى الشيىء فانه لا يعتبر ناشئا عن سبب اجنبى ولو كان هذا العيب خفيا (١) ·

---

(١) انظر بالترتيب : نقض ١ مارس ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٥٩١ ، ٣١ ديسمبر ١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٥٥٧ ، ١٢ ابريل ١٩٧٩ س ٤٥ رقم ١٠٧٢ ، ٢٥ ابريل ١٩٧٨ س ٤٤ رقم ١٤٩ ·

المبحث الثالث

مسئولية حارس البناء (١)

تنص المادة ١٧٧ على أن :

١ - حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت ان الحادث لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانة او قدم فى البناء او عيب فيه ٠

٢ - ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فاذا لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه (٢) ٠

شروط المسئولية :

يتضح من النص انه يلزم لقيام مسئولية حارس البناء شرطان :

١ - وجود البناء فى حراسة المسئول : وحارس البناء هو من له السيطرة الفعلية عليه أى ان يكون مكلفا بحفظه وصيانته بحيث يرمم القديم منه ويصلح المعيب فيه حتى لا يصيب الغير ضرر منه ٠

والسيطرة تكون فى الاصل للمالك ، اذ يفترض فيه حارس البناء ، الا اذا اثبت العكس فالحراسة يمكن ان تكون لغير المالك كصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وللمقاول طوال فترة البناء حتى تسليمه ٠ اما المستأجر فلا يعد حارسا للبناء لان الالتزام بالصيانة يبقى على المالك ولا تنتقل الحراسة الى المالك الجديد الا بتسليمه له ٠

ويقصد بالبناء كل مكان مشيد من الطوب او الحجر او الخشب او الحديد او غير ذلك من المواد ، ايا كان موقعه او الغرض المعد له مثل المنازل ، الكبارى والخزانات ٠

---

(١) La responsabilité du gardien du bâtiment

(٢) G: Goubeaux P: 876

٢ ـ وقوع الضرر من تهدم البناء ، يشترط لقيام مسئولية الحارس ان يكون هناك ضرر وان ينشأ هذا الضرر عن تهدم البناء وان يكون هذا التهدم راجعا الى اهمال صيانته او قدمه او عيب فيه ٠

والتهدم عبارة عن تفكك البناء وانفصال اجزاءه كليا او جزئيا كسقوط السقف او انهيار السلم او الشرفة ٠

فالحارس لا يسأل اذا انزلق شخص على سلم فسقط واصيب بكسور ، ولا يسأل كذلك عن انهدام البناء بسبب انفجار آله فيه أو الحريق ٠

اساس المسئولية ودفعها :

تقوم مسئولية حارس البناء على اساس الخطأ المفترض فى جانبه اى الاهمال فى صيانة البناء أو وجود عيب فيه او قدمه ٠ وهذا الخطأ قابل لاثبات العكس ، أى يمكن للحارس اثبات ان البناء لم يكن فى حاجة الى اصلاح او تجديد او صيانة لانه قد قام بكل ما يلزم ٠ ويستطيع الحارس نفى مسئوليته عن طريق اثبات السبب الاجنبى ، أى ان الضرر قد وقع بفعل القوة القاهرة كالحرب او بفعل خطأ الغير ٠

ومن التطبيقات القضائية :

قضاء محكمة النقض بان مالك العقار مطالب بتعهد ملكه وموالاته باعمال الصيانة والترميم فاذا قصر كان مسئولا عن الضرر الذى يصيب الغير بهذا التقصير ٠

وقضت بان تمسك مالك البناء بان العين المملوكة له مؤجرة للغير وبذا انتقلت حيازتها القانونية لهذا الغير ، وبانه اشترط عليه ان يقوم هو بالتصليحات اللازمة ، واذن فان المسئولية عن الضرر الذى وقع تنتقل الى المستأجر ، فذلك لا يجديه فى دفع المسئولية عنه ، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه اذا رأى انه مسئول امامه ٠

وقضت بان المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته باعمال الصيانة والترميم ، فاذا قصر فى ذلك كان مسئولا عن الضرر الذى يصيب الغير بهذا التقصير ولا يعفيه من المسئولية ان يكون

المستأجر قد التزم قبله بان يقوم باعمال الترميم والصيانة اللازمة للعين المؤجرة ، اذ على المالك اخلاءا لمسئوليته ازاء الغير ان يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به فى هذا الشأن ٠

وقضت بان عدم اذعان المجنى عليهم لطلب الاخلاء الموجه اليهم او تراخى باقى ملاك العقار عن اجراء الترميم لا ينفى عن الطاعن الخطأ المستوجب لمسئوليته اذ يصح فى القانون ان يكون الخطأ الذى ادى الى وقوع الحادث مشتركا بين المتهم وغيره فلا تنفى اخطأ احدهما مسئولية الآخر ٠

وقضت بان الاصل المقرر فى القانون ان من يشترك فى اعمال الهدم والبناء لا يسأل الا عن نتائج خطئه الشخصى ، فصاحب البناء لا يعتبر مسئولا جنائيا او مدنيا عما يصيب الناس من الاضرار عن هدم البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة الا اذا كان العمل جاريا تحت ملاحظته واشرافه الخاص ، فاذا عهد به كله او بعضه الى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسئوليته ، فهو الذى يسأل عن نتائج خطئه (١) ٠

---

(١) انظر بالترتيب : نقض جنائى ١ نوفمبر ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٨١١ ، نقض مدنى ١٧ يونيه ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ ص ١٧٥ ، نقض جنائى ١٢ مايو ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٦٩٦ ، ٤ نوفمبر ١٩٦٨ س ١٩ ص ٩٠٤ ٠

الباب الرابع

الفعل النافع (الاثراء بلا سبب)

L'enrichissement sans Cause

تقضى قاعدة الاثراء بلا سبب بأنه اذا أثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع فانه ينشأ التزام على عاتق من اثرى بان يرد لمن افتقر من جراء هذا الاثراء قدر ما اثرى به فى حدود ما لحق المفتقر من خسارة · ومثال ذلك جنى ثمار حديقة شخص آخر او تلقى خدمات من الغير او تلقى وفاء من الغير بما يظن انه مدين به للموفى له ·

ونتناول اولا القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب قبل ان ننتقل الى تطبيقاتها (دفع غير المستحق ـ الفضالة) ·

الفصل الاول

القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب

تنص المادة ١٧٩ على ان « كل شخص ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما اثرى به ، بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعد » ٠

من هذا النص يتضح لنا انه يلزم لقيام الالتزام برد الاثراء شرطان : ان يتحقق اثراء لشخص ما يترتب عليه افتقار لشخص آخر ، عدم وجود سبب أو مبرر للاثراء ٠

١ - الاثراء يترتب عليه افتقار مقابل :

لابد من تحقق الاثراء حتى ينشأ الالتزام بالرد ٠ والاثراء هو كل منفعة أو كسب مادى أو ادبى (يكون قابلا للتقويم بالمال) يحصل عليه الشخص ٠ والاثراء قد يكون ايجابيا اذا ادى الى زيادة الجانب الايجابى لذمة الشخص الذى اثرى ، كأن يتلقى مبلغ من النقود لا حق له فيه ، وقد يكون الاثراء سلبيا اذا ادى الى الانقاص من الجانب السلبى لذمة الشخص الذى أثرى وذلك كمن يوفى بماله دين غيره ٠ والاثراء قد يكون مادى أو معنوى ٠ فالطبيب الذى يعالج مريض يؤدى الى اثرائه معنويا عن طريق تحسن صحته ، والاثراء المعنوى يقبل التقويم بالنقود ويجب رده الى المفتقر (١) ٠

ولا يكفى وجود الاثراء بل يلزم ان يقابله افتقار حتى ينشأ الالتزام بالرد (٢) ٠ فالشركة التى تنشىء مصنعا فى مكان ويترتب عليه ارتفاع قيمة الاراضى المجاورة لا يجوز لها ان تطالب اصحاب تلك الاراضى بقيمة ما اثروا به لان هذا الاثراء لم يقابله افتقار فى جانبها ٠

---

(١) Carbonnier P. 425

(٢) نقض ١٠ مايو ١٩٦٦ س ١٧ ص ١٠٦٤ ٠

والافتقار كالاثراء قد يكون ايجابيا او سلبيا ، مباشرا او غير مباشر ، ماديا او معنويا ٠

ويجب ان تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الاثراء والافتقار ، أي ان يكون الاثراء مترتبا على الافتقار ٠ مثل وفاء شخص بدين على الغير ٠

٢ - انعدام سبب الاثراء :

يشترط لرجوع المفتقر على المثرى الا يكون للاثراء سبب أى عدم وجود مبرر قانوني يجعل من حق المثرى ان يحصل على الاثراء ٠ فاذا كان هناك سبب مشروع يبرر الاثراء ، فان المثرى لا يلتزم بشيء في مواجهة المفتقر ٠

والسبب هو المصدر القانوني للاثـراء ، وهذا المصـــدر اما ان يكون العقد او حكم القانون ٠

فاذا حصل المتعاقد من العقد على فائـدة أكبر من المنتظـرة على حساب الطرف الآخر ، فـان هذا الطرف الاخـير لا يستطيع ان يرفـع دعوى الاثراء بلا سبب لان هذا الاثراء كان له سبب الا وهو العقد (١)٠

والقانون يعتبر سببا لاثراء مستحق النفقة بها ٠

احكام الاثراء بلا سبب :

أ - يلتزم المثرى بان يرد اقل القيمتين : قيمة ما اثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن ٠ فهو يلتزم اســاسا بان يرد مقدار اثــرائه الا اذا كان الافتقار اقل من الاثراء ، فيتحدد مدى ما يلتزم به بقيمة الافتقار ٠

وقد يأخذ الاثراء او الافتقار عدة صــور مثل مبلغ من النقــود ، التحسينات والانشاءات ، العمل والخدمات ، ويقدر ذلك عن طـريق ما زاد في مال المثرى او ما انفق عليه او اجر المثل ٠

---

(١) Starck P: 681

ويرجع فى تقدير الاثراء الى وقت تحققه اما الافتقار فيحدد وقت النطق بالحكم لان طبيعته لا تسمح بتقديره نهائيا لاحتمال تغييره حتى ذلك الوقت ٠

ب - يحق للمفتقر ان يطالب المثرى بالتعويض عن افتقاره امام القضاء ٠ ولابد من رفع دعوى الاثراء بلا سبب خلال مدة ثلاث سنوات من وقت علم المفتقر بحقه والا سقطت بالتقادم ٠ فاذا لم يعلم المفتقر بالاثراء بلا سبب فان الدعوى تتقادم بمرور ١٥ سنة ٠

ويقع عبء الاثبات على عاتق المدعى وهو الدائن أى المفتقر الذى عليه اثبات الافتقار والاثراء والصلة بينهما (١) ٠

تطبيقات عملية :

قضت محكمة النقض بانه اذا تولى شخص عملا لآخر ، وابرم له تصرفا قانونيا رغم ارادته ، وادى هذا التصرف ، او ذلك العمل الى افتقار فى جانب ذلك الشخص والى اثراء بالنسبة الى الآخر ، وكان هذا الاثراء بلا سبب قانونى ، فان المثرى يلتزم بتعويض المفتقر باقل القيمتين ، الاثراء او الافتقار ٠ وذلك كالبنك الطاعن الذى استند فى دفاعه المؤسس على احكام الاثراء بلاسبب الى ان قيامه بوفاء قيمة خطابات الضمان قد ادى الى افتقاره ، والى اثراء العميل لما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء وهى براءة ذمته من الدين الذى لم يسبق له الوفاء به كليا او جزئيا ٠

وجاء بالمذكرة الايضاحية بانه يشترط الا يكون للاثراء الحادث او الافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررهما ، فلا يجوز للواهب مثلا ان يرجع على الموهوب له بدعوى الاثراء بلا سبب ، لان بين العاقدين تصرف قانونى هو عقد التبرع الذى يبرر افتقار احدهما واثراء الآخر (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٤١) ٠

وقضت محكمة النقض بانه من المقرر انه حيث تقوم بين طرفى

---

(١) سليمان مرقص ص ٤٦٧ ٠

الخصومة رابطة عقدية ، فلا قيام لدعوى الاثراء بلا سبب ، بل يكون العقد وحده مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر ، اذ يلزم لقيام هذه الدعوى الا يكون للاثراء الحادث او للافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبرره ٠

ولكن اذا حكم بفسخ العقد او ابطاله زال من الوجود واعتبر كأن لم يكن ، فاذا كان احد الطرفين قد استحدث اعمالا حق له الرجوع على المتعاقد الآخر الذى اثرى بقيمتها بموجب قاعدة الاثراء بلا سبب ٠ فالحكم بفسخ عقد المقاولة ينبنى عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن ، ولا يكون رجوع المقاول — الذى اخل بالتزامه — بقيمة ما استحدثه من اعمال الا استنادا الى مبدأ الاثراء بلا سبب لا الى العقد الذى فسخ واصبح لا يصلح اساسا لتقدير القيمة ويلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما اثرى ، أى انه يلتزم برد اقل قيمتى الاثراء والافتقار ، وتقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أى وقت استحداث البناء ، بينما الوقت الذى يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم ٠

وقضت بانه اذا رجع الوارث على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاه عن التركة واقام دعواه على اساس قاعدة الاثراء بلا سبب ، استحق اقل قيمتى الافتقار او الاثراء فاذا طلب فائدة عما انفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائى

ولما كان الاثراء والافتقار من الوقائع المادية ، فانه يصح اثباتها بجميع وسائل الاثبات ومنها البينة والقرائن ٠

وتضيف محكمة النقض بان عبء اثبات حصول الاثراء بلا سبب ومقداره يقع دائما على الدائن المفتقر (١) ٠

---

(١) انظر بالترتيب : نقض مدنى ١٦ مايو ١٩٧٢ س ٢٧ ص ٩١٩ ، ١٧ مارس ١٩٧٠ س ٢١ ص ٤٥٠ ، ٢٠ مايو ١٩٧٠ س ٨ ص ٥٤٦ ، ١٦ مارس ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٦٦٢ ، ٣ مارس ١٩٦٧ س ١٨ ص ٧٢٥ ٠ ٢٣ فبراير ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٥٤٨ ٠

الفصل الثانى

تطبيقات الاثراء بلا سبب

المبحث الاول

دفع غير المستحق (١)

دفع غير المستحق هو قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه ، ويلتزم من يتلقى الوفاء بان يرد ما تلقاه الى من وفى به ، لان فى احتفاظه بما تلقاه اثراء بلا سبب على حساب غيره ٠

ونتناول فيما يلى شروط دفع غير المستحق ثم نعرض لاحكامه :

شروط دفع غير المستحق :

يلزم لقيام الالتزام بدفع غير المستحق توافر شرطين : ان يكون هناك وفاء ، وان يكون هذا الوفاء غير واجب ٠

١ - والوفاء يتم بقيام الشخص بتنفيذ ما يعتقد انه التزام عليه وذلك بدفعه مبلغا من النقود أو تسليمه لشيىء أو قيامه بعمل لمصلحة الموفى له ٠

٢ - ان يكون الدين الذى تم الوفاء به غير مستحق وقت الوفاء ، وذلك اما لان الدين غير موجود اصلا ، او لان الدين مستقبل لم ينشأ بعد ، او لان الدين قد انقضى لاى سبب من الاسباب ، كالوفاء به مثلا ٠

والاصل ان الشخص لا يفى بدين الا اذا كان مستحقا عليه ، وفى حالة قيامه بذلك فانه لابد وان يكون هناك غلط أو اكراه او نقص فى الاهلية ٠ لذلك فالوفاء يفترض فيه انه صحيحا ما لم يثبت الموفى انه كان واقعا فى غلط أى معتقدا بانه ملزم باداء الدين ٠ ويستطيع الموفى ايضا اثبات انه كان ناقص الاهلية عند الوفاء او انه كان واقعا تحت تأثير اكراه معين (٢) ٠

---

(١) La répétition de l'indu

(٢) نقض ١٠ ديسمبر ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٦١٨ ٠

احكام الالتزام برد غير المستحق :

يفرق القانـون بين القابض او الموفى له حسـن النية والقابض سيىء النية : -

أ - فاذا كـان القابض أى الشخص الذى تم الوفـاء له حسـن النية أى يجهل وقت القبض ان ما يقبضه ليس مستحقا له ، فلا يلتزم ان يرد الا ما تسلم ٠

والاصل فى القابض انه حسن النية أى يعتقد ان له الحق فيمـا قبض الا اذا اثبت الموفى انه كان سيىء النية عند القبض ٠

طالما ان القابض حسن النية فانه لا يرد الا ما تسلم ، فان كـان ما قبض نقودا فانه يردها دون الفوائد ، وان كـان قد تلقى شيئا فانه يرد نفس الشيىء أو ما يماثله ، ويحتفظ بالثمار التى جناها وحصـل عليها نتيجة استغلال الشيىء ٠

ب - اما ان كان سيىء النية فانه يلتزم برد النقود او الشيىء بالاضافة الى الفوائد والثمار ٠

واذا هلك الشيىء الذى تسلمه الموفى له حسن النية بقوة قاهرة فانه لا يلتزم برد شيىء ، اما ان كان الهلاك بخطـأ منه فانه يلتزم برد قيمة الشيىء اذا هلك بقوة قاهرة ٠

ج - وتسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضـاء ثلاث سـنوات من اليـوم الذى يعلم فيه من دفـع غير المسـتحق بحقـه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق ٠ وذلك هو نفس الحكم بالنسبة لدعوى الاثراء بلا سبب ٠

تطبيقات قضائية :

قضت محكمة النقض بان الغلط فى تحديد الفئة الايجارية يبطل العقد فيما زاد عن حدها المسـموح به قانونا ، ويكون دفعه بغير حـق

يوجب استرداده باعتباره اثراء على حساب الغير ، دون اعتبار لاستمرار عقد الايجار ٠

وقضت بان الاكراه الدافع الى الوفاء ويترتب عليه ابطال هذا الوفاء يطلب الحكم برده انما دفع منه عن بصيرة تنفيذا لعقد تصفية شركة يتضمن التزام المدفوع له بديون الشركة جميعا وتحصيل ما يستطيع من زماماتها ، فان المدعى لا يكون محقا فى استرداده ٠

وقضت بان الاكراه الدافع الى الوفاء ويترتب عليه ابطال هذا الوفاء واسترداد ما دفع هو الضغط الذى تتأثر به ارادة الشخص ويدفعه الى الوفاء تحت تأثير الرهبة التى تقع فى نفسه لا عن حرية واختيار ٠ فهو ذات الاكره الذى يجيز ابطال العقد ٠ وشرط تحققه ان يكون الاكراه قد بعث الرهبة فى نفس المكره بغير وجه حق باعتبار ان الاعمال المشروعة قانونا لا يمكن ان يترتب عليها ابطال ما ينتج عنها ٠ ولما كان تنفيذ حكم صادر بالنفقة على المحكوم عليه هو عمل مشروع قانونا فان الوفاء تنفيذا له لا يتضمن اكراها على هذا الوفاء لانه يتم بوجه حق ٠

وقضت بان وفاء المدين بدين اكتملت مدة تقادمه ، دون ان يتمسك المدين بهذا التقادم ، يكون وفاءا صحيحا ولا يجوز استرداده وذلك بشرط ان يكون هذا الوفاء قد صدر من المدين عن رضا واختيار ولا اكراه عليه فيه والا جاز له المطالبة برده ٠ ويعتبر الوفاء نتيجة اكراه اذا حصل تحت تأثير الحجز الذى يوقع على اموال المدين الموفى ٠

وقضى بانه متى حكم بحكم نهائى بزوال سبب التزام الزوج باداء النفقة التى تعهد بادائها فان مؤدى ذلك ان تلتزم الزوجة الطاعنة برد ما قبضته تنفيذا لحكم النفقة لان وفاء الزوج بهذه المبالغ يعتبر بعد زوال سبب التزامه وفاء بما ليس مستحقا ولا يفترض فيه التبرع اذا لم يكن هذا الوفاء عن اختيار وانما عن اكراه وتحت تأثير اوامر الاداء الصادرة بهذه النفقة مشمولة بالنفاذ المعجل ٠

وقضت اخيرا بانه متى كان الحق الذى نشأ عن قيام وزارة العدل بصرف المبلغ المطالب باسترداده — قيمة بدل طبيعة العمل ومنحة

الانتاج المنصرفة للطالب واثناء ندبه للعمل قاضيا بقطاع غزه - يسقط بمضى ثلاث سنوات من تاريخ علمهـا بحقها فى استرداده ، وكانـت الوزارة قد اقرت فى مذكرتها بتحقـق هذا العلم ، واذ انقضـت مدة تزيد على ثـلاث سنوات ولم تتخذ الحكـومة من جانبها اجـراء لقطـع التقادم ، فان حقهـا فى المطـالبة بالمبلغ المذكور يكـون قد سقط ممـا يتعين معه الحكم بعدم احقيتها فى استرداده او خصم أى جزء من مرتب الطالب استيفاء له (١) ٠

المبحث الثـانى

الفضالة

La gestion d'affaires

الفضالة هى ان يتولى شخص عن قصد ، ودون ان يكون ملزمـا بذلك ، شأنا عاجلا لحساب شخص آخر ٠ اذ يقوم الشخص باعمـال عاجلة وضرورية لحساب ومصلحة شخص آخر دون ان يكون ملـزما بذلك ، فيرتب القانون فى هذه الحالة التزام من تمت لحسابه الاعمال تعويض من قام بهذه الاعمال (الفضولى) عما تكلفه فى ذلك (٢) ٠

ونحدد فيما يلى شروط الفضالة ثم نعرض لاحكامها ٠

شروط الفضالة :

يشترط لاعتبار الشخص فضوليا بالنسبة لما قام به من اعمـــال لمصلحة الغير وبالتالى استحقاقه للتعويض الشروط الآتية : -

١ - قيام الفضولى بشـأن عاجل لرب العمل : يلـزم ان نكون بصدد امر عاجل لازم لمصلحة رب العمل ، ويتولى الفضولى القيام به ٠

---

(١) انظر بالترتيب : نقض ١١ مارس ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٤٨٨ ، ٢٢ اكتوبر ١٩٥٣ س ٥ ص ١٠١ ، ٢٦ يناير ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٣٠١ ، ١٠ ديسمبر ١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٦١٨ ، ٢٨ نوفمبـر ١٩٧٨ س ٤٧ رقم ٢٠٤ ، ١ فبراير ١٩٦٦ س ١٧ ص ٢٤٧ ، ٦ يونيه ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٧٤ ٠

(٢) Carbonnier P: 430 G: Goubeaux P: 839

والشأن العاجل قد يكون تصرفا قانونيا ، كمن يتعاقد مع مقاول على ترميم دار جاره التى توشك ان تسقط فى غياب ذلك الجار ، وكما فى حالة بيع محصول لشخص آخر يخشى عليه من التلف •

وقد يكون الشأن العاجل عملا ماديا ، كجنى محصول او اطفاء حريق •

ويلز فى الأعمال القانونية او المادية التى يقوم بها الفضولى ان تكون عاجلة وضرورية ، أى يلزم القيام بها دون ابطاء خوفا من تفاقم الاضرار او المخاطر والمعيار هو انه ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام بمثل هذه الاعمال لو تواجد فى نفس الموقف الذى وجد فيه الفضولى • أى لا يكفى ان يكون العمل مفيدا لرب العمل حتى يحق لشخص آخر القيام به اذ يلزم ان يكون عاجلا حتى يستطيع الفضولى ان يطالب بحقه •

٢ ـ قصد تحقيق مصلحة لرب العمل : يجب ان يكون قيام الفضولى بالعمل بقصد تحقيق مصلحة للغير أى بهدف اداء خدمة لمن يتم العمل لحسابه •

اما اذا اتجهت نية الشخص الى تحقيق مصلحته هو ـ حتى لو أدى ذلك الى تحقيق مصلحة الغير ـ فانه لا يعتبر فضوليا • فالمستأجر الذى يقوم باجراء الترميمات الضرورية التى يلتزم بها المالك بسبب خطورة تركها ولغياب المالك ، لا يعتبر فضوليا لانه يقصد تحقيق مصلحته هو • ويستطيع الرجوع على المؤجر طبقا لقواعد عقد الايجار •

ولكن لا يلزم ان تنصرف نية الفضولى ، اثناء قيامه بالامر العاجل الى تحقيق مصلحة الغير فقط ، بل يجوز ان تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى فى اثناء توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام باحدهما منفصلا عن الآخر • فالشريك على الشيوع الذى يجرى اصلاحات عاجلة فى الشيىء المملوك يعتبر فضوليا فى الرجوع على شركائه الآخرين بكل ما تحمله نيابة عنهم فى هذه الاعمال • لانه يعمل لمصلحة شركائه وان كان ناظرا الى مصلحته فى نفس الوقت •

٣ - عدم التزام الفضولى بالاعمال التى يقوم بها ، اذ يشترط فى الفضولى ان يكون تدخله فى شئون غيره دون تفويض او توكيل من ذلك الغير • ويجب الا يكون هناك التزام على الفضولى بالقيام بشأن رب العمل ، سواء فى هذا كان مصدر الالتزام هو العقد كالوكالة ، ام كان مصدره القانون كما فى حالة الولى او الوصى او الحارس القضائى •

اذ غالبا ما يقوم الفضولى بالعمل دون علم صاحب الشأن او فى غيابه ودون ان يكون هناك ما يلزمه بذلك •

ويشترط اخيرا الا يكون رب العمل قد نهى الغير عن القيام بالعمل ، والا اعتبر مسئولا أمامه •

احكام الفضالة :

اذا تحققت الشروط السابقة كنا بصدد فضالة ، ومن ثم تنشأ عنها التزامات على عاتق كل من الفضولى ورب العمل •

اولا : - التزامات الفضولى :

١ - المضى فيما بدأه من اعمال حتى يتمكن رب العمل من الاستمرار فيها •

٢ - ان يبادر باخطاء رب العمل بتدخله وبما يقوم به لمصلحته بمجرد تمكنه من ذلك ، وذلك حتى يستعمل حقه اما فى نهى الفضولى عن اتمام العمل او توجيهه او القيام بالعمل بنفسه •

٣ - يلتزم الفضولى بان يبذل فى العمل العناية المطلوبة أى عناية الشخص المعتاد ، والا كان مسئولا عن خطئه • ولكن القاضى يستطيع ان ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ اذا كانت الظروف تبرر ذلك •

ويسأل الفضولى لا عن اعماله فحسب بل عن افعال أى شخص يستعين به فى اعمال الفضالة ، ويحق لرب العمل ان يرجع عليهم جميعا بالتعويض ان كان هناك خطأ ، واذا تعدد الفضوليون فانهم يكونون

مسئولون بالتضامن عمايصدر منهم فى مواجهة رب العمل (١) ٠

٤ - على الفضولى ان يرد لرب العمل كل ما تسلمه بسبب العمل من نقود او اشياء ، هذا بالاضافة الى تقديم حساب له عن الاعمال التى يقوم بها ٠

ثانيا : - التزامات رب العمل :

١ - تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى باسم رب العمل ، فالفضولى يعتبر نائبا عنه ، ومن ثم فان آثار العمل تنصرف اليه مباشرة ، اذ انه يكسب الحقوق التى تنشأ من عقود الفضولى ، كما يتحمل بالالتزامات التى تترتب على تلك العقود (٢) ٠

٢ - رد ما انفقه الفضولى من اجل القيام بالعمل ، ويشمل ذلك كل النفقات الضرورية والنافعة بشرط عدم الاسراف فيها ، هذا بالاضافة الى الفوائد القانونية لتلك المصاريف من يوم انفاقها ٠ ويدخل فى النفقات ما يستحقه الفضولى من أجر عن جهده ٠

٣ - تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه ، اذ يدخل فى التكاليف التى يلتزم رب العمل بردها التعويض عن الضرر الذى يصاب به الفضولى اثناء قيامه بالعمل ٠

تطبيقات عملية :

قضت محكمة النقض بانه لا يكفى لتبرير قيام الفضالة ان يكون ما يتصدى له الفضولى نافعا او مفيدا بل لابد ان يكون ضروريا اى شأنا عاجلا ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به ٠

وقضت بان الفضالة تقتضى ان يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون ان يكون ملزما بذلك ، واذ كانت الشركة حين عهدت للطاعن باقامة المبانى على الارض انما كانت تعمل

---

(١) Starck P: 677

(٢) Alex weill P: 871

لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها (الشركة الموصية فيها) فان احكام الفضالة تكون غير منطبقة ، كما ينتفى قيام الوكالة المدعى بها لان الوكالة لا تكون الا حيث يقوم الوكيل بعمل قانونى لحساب الموكل ·

وقضت بان الفضولى يجب ان تنصرف نيته الى ان يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحة نفسه ، فاذا انصرفت نيته الى العمل لمصلحة نفسه فلا تصدق عليه صفة الفضولى حتى ولو عاد تدخله على الغير بنفع ، ومن ثم فان المستأجر اذا قام باصلاحات ضرورية فى العين المؤجرة مستهدفا استيفاء منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة الى المالك لا يعتبر فضوليا ، حتى ولو كان هذا التدخل ليس متضمنا لمصلحته وانما قد تكون فيه نفع للمالك بالتبعية ·

وقضت بان الفضالة تتحقق كلما تولى الشخص عن قصد اثناء توليه شأنا لنفسه القيام بعمل عاجل لحساب غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن القيام باحدهما منفصلا عن الآخر ·

وقضت بانه لا قيام لاحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر ، فان تمسك الطاعن باحكام الفضالة فى مواجهة مورث الطاعنين بمد اجل خطاب الضمان رغم ما بينهما من رابطة عقدية يكون فى غير محله ·

وقضت بانه متى توافرت شروط الفضالة كان للفضولى بحكم القانون ان يطالب رب العمل بالمصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، والتزام رب العمل فى هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الاثراء على حساب الغير اذ هو قد افاد من عمل الفضولى ولا يتوقف الالتزام على ارادة رب العمل ، ومن ثم يبدأ سقوط حق الفضولى فى استرداد المصروفات التى صرفها من وقت قيامه قصدا بالفعل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل (١) ·

---

(١) انظر بالترتيب : نقض مدنى ٢٨ يناير ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٢٣٨ ، ١٩ يونيه ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٠٠٢ ، ١٦ نوفمبر ١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٧٠٣ ، ١٨ ابريل ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٩٧٠ ، ٣١ ديسمبر ١٩٧٩ س ٤٧ رقم ٩١١ ، ١٢ فبراير ١٩٥٣ س ٤ ص ٤٧٦ ·

الباب الخامس

القانـــون

La Loi

ذكرنا ان مصادر الالتزام تتمثل فى التصرف القانونى (العقد ـ الارادة المنفردة) والفعل الضار والفعل النافع واخيرا القانون ٠

وفى حقيقة الامـر فان القانون هو المصـدر غير المباشر للالتزامات لانه هو الذى جعل المصادر السابقة مصدرا للالتزام ٠

ولكن هناك حالات يكون فيها القانون مصدرا مباشرا للالتـزام ، أى انه ينص صراحة على انشاء التزام معين وذلك دون تدخل من جانب المدين باى عمل ايجابى او سلبى ٠

والالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده ، تسرى عليهـا النصوص القانونية التى انشأتها (م ١٩٨) ٠ اذ تحدد تلك النصوص اركان كل التزام واحكامه الخاصة به ٠

وتتعـدد الالتزامات القانـونية وتوجد فى شتى فـروع القانون ونذكر منها على سبيل المثال الالتـزام بالنفقة بين الاقـارب او الازواج والتزام الجيران بعدم تجاوز الاضرار غير المألوفـة بالنسبة لجيرانهم ، والالتزامات القانونية بدفع الضرائب ٠

واهم ما يميز تلك الالتزامـات انها تخضع للقـواعد التى تحكم الالتزامات غير الارادية التى لا يشترط فيها توافر أية اهلية فى الملتزم فالالتزام بالنفقة يقع على عديم الاهلية كالمجنون كما يقع على كاملها ٠

وتطبيقا لذلك قضـت محكمة النقض بان مسـئولية الادارة عن القرارات الاداريـة المخالفة للقانـون لا تنسب الى العمـــل غير المشروع وانما تنسب لى المصدر الخامس من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونيـة وليست اعمال ماديـة ، ومن ثم فان

مسئولية الادارة عنها عن طريق التعـــويض لا تسـقط الا بالتقـــادم العادى (١) ٠

وقضت بان علاقة الدولة بالعاملين فيها هى رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها فى هذا الشأن ، وواجبات هؤلاء العاملين تضبطها قواعد اساسية عامة ، تقوم على وجوب اداء العمل المنوط بهم بعناية الشخص الحريص المتبصر وبدقته ، وهذه القواعد الاســاسية قد ترد فى القانون مع ضوابطهـا ، وقد يخلـو القانون منهـا دون ان يؤثر ذلك فى وجوب التزام العاملين بالدولة بتلك القواعد التى يعتبر القانون هو المصدر المباشر لالتزامهم بها ، ويترتب على اخلالهم بتلــك الالتزامات التى يفرضهـا عليهم عملهم بالدولة ـ اذا ما اضروا بهــا ـ مسئوليتهم عن تعويضها مسئولية مدنية مصدرها القانون طبقا للقواعد العامة وبغير حاجة الى نص خاص يقرر ذلك (٢) ٠

---

(١) نقض مدنى ١١ ابريل ١٩٦٣ س ١٤ ص ٥٢٠ ٠

(٢) نقض مدنى ١١ ديســمبر ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٢٤٣ ، ٢٠ ابريل ١٩٧١ س ٢٢ ص ٤٩٥ ، ١٢ يونيه ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٩١٤ ٠

القسم الثانى

احكام الالتـزام

Le régime des obligations

الباب الاول

آثـار الالتـزام

Les effets des obligations

ان الأثر الطبيعى للالتـزام التى ينشـأ فى ذمة شخص ما هـو الوفاء بهذا الالتزام ، فالاثر الاصلى للالتزام هو وجوب الوفاء به ٠ اما فى حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالالتزام من تلقاء نفسه ، فان القانون يضع السلطة العامة فى خدمة الدائن لاجبار المدين على تنفيذ التـزامه ٠

والاصل فى التنفيذ ان يكون بعين ما التزم به المدين وبالشروط التى نشأ بها التزامه ، أى ان يكون تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، ولكن فى بعض الاحوال يضطر الدائن الى الاكتفاء بالحصول على مقابل لمـا التزم به المدين ، فيكون التنفيذ فى هذه الحالة تنفيذا بمقابل او بطريق التعويض ٠

وحتى يضمن القانون وفاء المدين بالتزاماته ، فقد وضع امـام الدائنين عدة طرق للمحافظة على الضمان العام للمدين وتقيهم مضـار انتقاص هذا الضمان بسبب اهماله او غشه وذلك مثل الدعوى المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، هذا بالاضافة الى نظـام اعسار المدين والحق فى الحبس ٠

والتنفيـذ الجبرى لا يكون الا بصـدد الالتزامـات المدنية دون الالتزامات الطبيعية ، فالالتزام المدنى يتضمن عنصرين : المديونيـة والمسئولية اما الالتـزام الطبيعى فهو مجـرد من عنصر المسئولية ٠ اذ يشترك الالتزام المدنى مع الالتـزام الطبيعى فى عنصر المديونيـة اى ان القـانون يوجب الوفـاء بكـل منهما ولكن الوفـاء بالالتـزام الطبيعى يظل اختياريا للمدين ولا يجوز الاجبار على تنفيذه ٠

خطـة البحث :

وعلى هذا نقسم هذا الباب الى اربعة فصـول على الترتيب التالى :

الفصل الاول : لدراسة الطريق الطبيعى لتنفيذ الالتـزام اى التنفيذ العينى ٠

الفصل الثانى : لدراسـة الطريق الاحتيـاطى للتنفيذ أى عنـد استحالة التنفيذ العينى وهو التنفيذ بمقابل ٠

الفصل الثالث : دراسة ما خوله القانون للدائن من ضمانات على اموال المدين ٠

الفصل الرابع : لدراسة الالتزام الطبيعى ٠

الفصل الاول

التنفيذ العينى

Exécution en nature

الاصل فى تنفيذ الالتزام ان يكون التنفيذ عينا ، أى تنفيذ عين ما التزم به المدين . واذا لم يقم المدين بالوفاء الاختيارى فقد هيأ القانون للدائن وسيلة غير مباشرة لحثه على القيام بالتنفيذ العينى وهى وسيلة الغرامة التهديدية ، فان لم تفلح او اصبح التنفيذ العينى مستحيلا ، فلا يبقى للدائن الا ان يطلب التنفيذ القهرى بمقابل أى عن طريق التعويض .

المبحث الاول

التنفيذ العينى الاختيارى (١)

مبدأ حسن النية فى التنفيذ :

يجب على المدين ان يقوم بتنفيذ التزامه مختارا ، وان يكون التنفيذ طبقا لما يوجبه حسن النية ، أى ان يقوم المدين بتنفيذ تعهده بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد وطبقا للامانة والثقة المتبادلة التى يوجبها عرف التعامل .

ومن مقتضيات مبدأ حسن النية ان ينفذ العقد طبقا للغرض الحقيقى الذى رمى اليه المتعاقدان ، فالبائع يجب ان يسلم الشيىء المبيع الى المشترى مع ملحقاته وكل ما اعد لاستعماله وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

موضوع التنفيذ العينى :

تختلف طريقة التنفيذ فى كل التزام عنها فى غيره وذلك بحسب محل الالتزام وما يقتضيه من المدين (٢) .

---

(١) Exécution Volontaire en nature

(٢) اسماعيل غانم ، احكام الالتزام ص ١٦ .

١ ـ فقد يكون موضوع الالتزام اعطاء شيىء كنقل حق عينى عليه او انشائه مثل نقل ملكية سيارة او رهن منزل • ويختلف تنفيذ هذا الالتزام بحسب ما اذا كان الشيىء منقولا او عقارا •

فاذا كان الشيىء منقولا ، وكان معينا بذاته ومملوكا للمدين ، فان الالتزام يصبح منفذا من وقت نشوئه ، فاذا اشترى شخص حصانا معينا بالذات ، ملكه من وقت العقد ومن قبل ان يتسلمه •

اما اذا كان الشيىء منقولا معينا لا بذاته بل بنوعه ومقداره ، فان الحق العينى المتعهد بنقله على هذا الشيىء لا ينتقل بمجرد الاتفاق الذى انشأ هذا الالتزام ، وذلك لان الحق العينى لا يرد الا على شيىء معين بالذات (١) ، ويلزم لذلك افراز الشيىء اى عزل المقدار المتعهد به عن بقية الصنف • وتنفيذ المدين لالتزامه لا يتم الا بافراز الشيىء • فاذا باع شخص مائة قنطار من القطن الناتج من مزارعه فان الملكية لا تنتقل الى المشترى بمجرد العقد بل يلزم افراز الكمية المذكورة عن بقية الصنف •

اما اذا كان موضوع الالتزام نقل حق عينى على عقار ، فلا يكفى ان يكون معينا بالذات ، كما هو الحال بالنسبة للمنقول ، بل يجب تسجيل التصرف الناقل للملكية • فاذا اشترى شخص منزلا فان الملكية لاتنتقل اليه الا بتسجيل العقد فى الشهر العقارى •

٢ ـ ويتم تنفيذ الالتزام بعمل بانجاز المدين للعمل الذى التزم به سواء كان محل الالتزام تحقيق نتيجة كالتزام المقاول ببناء مبنى معين ، او مجرد بذل جهد لتحقيق نتيجة معينة كالتزام الطبيب بعلاج مريض •

٣ ـ اما اذا كان موضوع التزام المدين هو الامتناع عن عمل فان المدين يجب ان يمتنع عن اتيان ذلك العمل • كالتزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر فى مكان معين •

---

(١) Alex weill P: 893

المبحث الثانى

التنفيذ العينى الجبرى (١)

ذكرنا انه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه مختارا امكن الالتجاء الى القضاء لحمله على تنفيذ عين ما التزم به اى التنفيذ القهرى وذلك مثل غلق المتجر الذى افتتحه المدين مخلا بالتزامه بعدم المنافسة • او نزع العين المتعهد بتسليمها من يد المدين وتسليمها للدائن •

الا انه فى بعض الحالات يقتضى تنفيذ الالتزام تدخل المدين شخصيا ، ففى هذه الحالة لا يمكن اجباره مباشرة على التنفيذ لان الاجبار يكون غير منتج وفيه حجر على حريته الشخصية ، ولكن يمكن الضغط على ارادته بوسيلة غير مباشرة لحمله على تنفيذ التزامه وذلك عن طريق الغرامة التهديدية • فالتزام فنان برسم لوحة معينة لا يمكن تنفيذه بالاكراه ولكن يمكن الحكم عليه بغرامة تهديدية لحمله على ذلك •

الغرامة التهديدية (٢)

تعد الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على تنفيذ التزامه ، فهى وسيلة لاكراه المدين على التنفيذ العينى • فهى مبلغ من المال يحكم به القاضى عن كل يوم او شهر او سنة يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ، اذ يقصد بها تهديد المدين لذلك يراعى فيها القاضى ان تكون كافية لحمل المدين على الوفاء ، ويخفض القاضى او يزيد منها على حسب درجة عناد المدين وامتناعه عن التنفيذ •

ويشترط للحكم بالغرامة التهديدية ثلاثة شروط :

١ - ان يكون التنفيذ العينى للالتزام لازال ممكنا ، اذ لا يعقل الحكم على المدين بغرامة لاجباره على تنفيذ التزام غير موجود او اصبح مستحيلا ، كما لو هلك الشيىء المبيع ، فلا يمكن مطالبة البائع بتسليمه للمشترى •

---

(١) Execution forcée en nature

(٢) L'astreinte

٢ ـ ان يكون من الضرورى قيام المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه ، كما فى الالتزام بالقيام بعمل فنى ٠ اما ان كان فى الامكان الحصول على التنفيذ العينى دون حاجة الى المدين فانه لا يلجأ الى الغرامة التهديدية بل الى وسائل التنفيذ المباشر ، كما فى الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث يغنى التنفيذ المباشر على اموال المدين عن انتظاره هو حتى يفى بالالتزام ٠

٣ ـ ضرورة طلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية ، فهى رخصة للدائن له ان يطلبها او يمتنع عن ذلك ٠

والحكم بالغرامة التهديدية يكون حكما وقتيا تنتفى علة قيامه متى اتخذ المدين موقفا نهائيا منه ، اما بوفائه بالالتزام وهنا يطلب من القاضى ان يحط عنه الغرامة ويحكم عليه بتعويض عن التأخير فى التنفيذ ، واما باصراره على التخلف ، فيجب على القاضى ان يعيد النظر فى الحكم ويحكم بالتعويض الواجب عن عدم التنفيذ مراعيا ما اصاب الدائن من ضرر ومقدار تعنت المدين فى هذا الشأن (١) ٠

---

(١) البدراوى ، احكام الالتزام ص ٠٤٣

الفصل الثانى

التنفيذ بمقابل

(التنفيذ بطريق التعويض)

Exécution par équivalent (dommages intérêts)

ذكرنا انه عند تعذر حصول الدائن على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتق المدين تنفيذا عينيا مجديا ، جاز له ان يطلب التنفيذ بمقابل اى ان يقتضى تعويضا يقوم مقام التنفيذ العينى (١) ٠

والتنفيذ بمقابل او التعويض ليس الا طريقا احتياطيا لا يلجأ اليه الا اذا تعذر التنفيذ العينى ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية :

١ ـ اذا اصبح التنفيذ العينى مستحيلا بفعل المدين ، كالتزام امين النقل بنقل البضاعة الى مكان معين اذا هلكت البضاعة التى عهد اليه بنقلها ، وكتعهد متعهد باقامة حفلة لمناسبة معينة وتمر هذه المناسبة ، ففى تلك الحالات يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ٠

٢ ـ اذا كان التنفيذ العينى مرهقا للمدين ، بحيث يؤدى اجباره على التنفيذ العينى الى الحاق ضرر فادح به لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ ٠

٣ ـ اذا كان فى اجبار المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية ، فهنا لا يمكن الالتجاء الى التنفيذ العينى بل التنفيذ بطريق التعويض ، كالتزام فنان برسم لوحة او بالغناء فى حفلة ٠

واذا توافرت احدى الحالات السابقة التى تجيز للدائن ان يطلب التنفيذ بمقابل او التعويض وجب ان تتوافر عدة شروط لاستحقاق التعويض :

١ ـ الخطأ اى عدم وفاء المدين بالتزامه او تأخره فى هذا الوفاء ٠

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٣ ٠

٢ ـ اصابة الدائن بضرر ٠

٣ ـ علاقة السببية بين الضرر والخطأ اى ان يكون الضرر الذى لحق الدائن ناتجا عن عدم تنفيذ الالتزام او التأخير فى التنفيذ ٠

٤ ـ اعذار المدين ٠

ومن ذلك يتضح انه يشترط لاستحقاق التعويض توافر شروط المسئولية المدنية بنوعيها ، سواء اكانت مسئولية عقدية ام مسئولية تقصيرية ، لذلك فنحن نحيل الى الدراسة الخاصة بهما فى القسم الاول ٠

وقد اشترط القانون شرطا اضافيا لاستحقاق التعويض وهو الاعذار ، ونعرض لاحكام هذا الشرط قبل ان نتناول كيفية تقدير التعويض ٠

المبحث الاول

الاعــذار

La mise en demeure

معنى الاعذار ـ كيفيته :

هو وضع المدين موضع التأخير فى تنفيذ التزامه وذلك عن طريق مطالبة المدين رسميا بتنفيذ التزامه والا اصبح مسئولا عن عدم التنفيذ او التأخير فيه (١) ٠

ويتم الاعذار عن طريق انذار المدين بورقة رسمية من اوراق المحضرين ويكون اعلانه اليه على يد محضر ، ويقوم مقام الاعذار الاوراق الرسمية المشابهة مثل صحيفة الدعوى والتنبية الرسمى الذى يسبق التنفيذ ٠

ولا يكفى لاعذار المدين اية ورقة عرفية ولو كانت فى خطاب مسجل ، ومع ذلك قد تكفى فى المعاملات التجارية الورقة العرفية او المطالبة الشفهية لاعذار المدين ، اذا قضى العرف التجارى بذلك ٠

---

(١) نقض ٢٥ مارس ١٩٧٢ س ٢٣ ص ٥١٤ ، ١ يونيه ١٩٧٢

حالات لا يلزم فيها الاعذار :

هناك حالات لا يلزم فيها الاعذار ، بحيث يكون المدين فيها مسئولا عن التعويض بمجرد التنفيذ ، وتلك الحالات اما ان ترجع الى اتفاق المتعاقدين او الى نص القانون او الى طبيعة الالتزام نفسه ٠

١ - يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستغناء عن الاعذار ، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا وقد يكون ضمنيا ، وهنا يصبح المدين معذرا بمجرد حلول الاجل دون حاجة الى اى اجراء ٠

٢ - لا ضرورة للاعذار اذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا او غير مجد بفعل المدين ، ذلك ان الاعذار دعوة الى المدين بالتنفيذ ، وقد اصبح التنفيذ غير ممكن بفعله ٠ كأن يأتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه ، وكما لو اتفق مع فنان على احياء حفلة وفات ميعادها (١) ٠

٣ - الاستغناء عن الاعذار حين يصرح المدين كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه ، أى انه لا ينوى التنفيذ ومن ثم لا جدوى من وراء هذا الاعذار ٠

٤ - لا ضرورة للاعذار فى الالتزامات غير التعاقدية ، لانها تنشأ ويسأل عنها المدين بمجرد نشوئها ٠ وعلى هذا لا محل للاعذار فى حالتين :

- عندما يكون محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع ، أى ان هناك خطأ من جانب المدين تسبب عليه ضررا للغير (الدائن) ٠

- اذا كان محل الالتزام رد شيىء يعلم المدين انه مسروق او شيىء تسلمه دون وجه حق وهو عالم بذلك ، فالمدين يعتبر سيىء النية ٠

---

(١) سليمان مرقص ص ٥٨٠ ٠ Carbonnier P: 254

الآثار القانونية للاعذار :

يترتب على الاعذار نتيجتان هامتان (١) :

١ - يصبح المدين مسئولا عما يلحق الدائن من ضرر نتيجة لتأخره فى تنفيذ الالتزام بخطئه · اما فى الفترة السابقة على الاعذار فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر فى التنفيذ ذلك ان التعويض لا يستحق الا بعد اعذار المدين ·

٢ - تنتقل تبعة الهلاك من طرف الى آخر ، فهلاك الشيىء المبيع بقوة قاهرة يكون على البائع قبل التسليم ، وتنتقل تبعة الهلاك الى المشترى اذا اعذره البائع لتسلم المبيع ولم يفعل ·

---

(١) جلال العدوى ، رابطة الالتزام ص ٩٢ ، نقض س ٢٣ ص ١٠٦٢ ·

المبحث الثـانى

كيفية تقدير التعـويض

قد يقوم القاضى بتقدير التعويض وهذا هو التعويض القضائى ، وقد يكون تقديره مقدما باتفاق الطرفين وهذا هو التعويض الاتفاقى او الشرط الجزائى ، وأخيرا قد يتم تقدير التعويض عن طريق القـانون نفسه ، كما هو الحال فى تحديد سعر الفائدة عن التأخير ، وهـذا هو التعويض القانونى ٠

اولا : التعويض القضـائى

يقدر القاضى التعويض عادة بمبلغ نقدى يمثل الضرر الذى لحق الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه او لتأخره فى التنفيذ ٠

ويشمل التعويض الضرر المادى والضرر الادبى ، ويتكون الضرر المادى من عنصرين هما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، فاذا لم يقم شخص بتسليم التـاجر البضـاعة التى اوصى بهـا ودفع ثمنها ، استحق التاجر المشترى تعويضـا يمثل ما لحقه من خسـارة وهو قيمة هذه البضاعة وما فاته من كسب وهو الربح الذى كان يأمل الحصول عليه عند اعادة بيعها ٠

وشرائط استحقاق التعـويض ، كما ذكرنا ، هى شرائط قيـام المسـئولية : الخطأ والضرر وعـلاقة السببية بين هـذا الضرر وذلـك الخطأ ، فاذا لم يصب الدائن ضرر من جراء تأخره فى التنفيذ لم يكـن هناك محل للتعويض ٠

ثانيا : التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) (١)

قد يتفـق المتعاقدان مقدما على تقدير التعويض الذى يسـتحقه الدائن فى حالة عدم التنفيذ او التأخير فيه ، فهو تقدير اتفاقى للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل ، فالشرط الجزائى هو مبلغ

---

(١) La clause pénale

جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذى يلحق احدهما نتيجة خطأ الآخر (١) ٠

ويشترط لاستحقاق الشرط الجزائى أى الحكم بالتعويض المتفق عليه فى العقد كل ما يشترط لاستحقاق التعويض : الخطأ والضرر وعلاقة السببية ٠ ولكن الدائن لا يلتزم باثبات وقوع الضرر بالنسبة له ، فهذا الضرر مفترض لمجرد عدم تنفيذ التزامه وعلى المدين ان يثبت ان الدائن لم يلحقه ضرر حتى يتخلص من تطبيق الشرط الجزائى ٠

فاذا كان الدائن قد لحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ الالتزام فان القاضى يطبق الشرط الجزائى أى يحكم بالتعويض المتفق عليه بغير نقصان او زيادة ، بصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع ٠ ولا يكون للقاضى ان يزيد او ينقص المبلغ المتفق عليه كشرط جزائى ، بل يأخذ به كما حدده الطرفان ٠

ولكن القانون اجاز استثناءا للقاضى سلطة تخفيض الشرط الجزائى فى حالتين : الاولى : اذا اثبت المدين ان التعويض المقدر كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ٠ الثانية : اذا اثبت المدين ان الالتزام الذى يلتزم به قد نفذ جزئيا ، أى انه نفذ التزامه تنفيذا جزئيا ٠ ففى هاتين الحالتين يجوز للقاضى ان يخفض التعويض المتفق عليه حتى يتناسب مع الضرر الذى اصاب الدائن فعلا ٠

ثالثا : ـ التعويض القانونى (٢)

قد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود ، ففى هذه الحالة اذا تأخر المدين عن الوفاء به ، يستحق الدائن تعويضا عن التأخير فى صورة فوائد تسمى الفوائد التأخيرية لانها تعويض عن التأخر فى

---

(١) البدراوى ص ٨٨ ٠ Catherine Steckler op: cit:

(٢) Intérêts légaux

تنفيذ الالتزام الذى محله نقود · كالفوائد التى يلتزم المقترض بدفعها الى المقرض اذا حل اجل القرض وتأخر المقترض فى الوفاء بالتزامه ·

وفوائد التأخير قد تتحدد بمقتضى اتفاق · كما اذا اتفق المتعاقدان على انه اذا تأخر المدين فى وفاء الدين سرت فى حقه الفوائد من يوم الاستحقاق بواقع سعر معين يحدده الطرفان · على انه لا يجوز ان يتجاوز هذا السعر الحد الاقصى الذى يحدده القانون للفوائد وهو ٧ ٪ ·

وبجانب الفوائد الاتفاقية توجد الفوائد القانونية ، وهى الفوائد التى يتولى القانون تحديدها كتعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ان لم يكن الدائن والمدين قد اتفقا على فائدة عن التأخير · وقد جعلت المادة ٢٢٦ سعر الفائدة القانونية ٤ ٪ فى المسائل المدنية و٥ ٪ فى المسائل التجارية ·

شروط استحقاق فوائد التأخير :

يجب لسريان الفوائد التأخيرية عدة شروط هى :

١ — ان نكون بصدد التزام موضوعه مبلغ من النقود ، أى ان يكون المدين ملتزما بدفع مبلغ من النقود الى الدائن ·

٢ — ان يكون مبلغ الدين معلوم المقدار وقت الطلب مثل التزام المشترى بدفع الثمن فهو محدد (١) ، اما الالتزام بالتعويض عن الضرر الذى اصاب الغير فهو غير محدد قبل ان يحكم به القاضى ·

٣ — ان يتأخر المدين عن الوفاء به ، اذ ان الفائدة التأخيرية هى بمثابة تعويض عن التأخير اى عن الضرر الذى يفترض وقوعه للدائن بسبب التأخر فى الوفاء بالدين ·

٤ — ان يطالب الدائن بالفوائد ، اذ يشترط القانون لسريان الفوائد التأخيرية ان يطالب الدائن المدين بها امام القضاء · وتسرى

---

(٣) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٣٢٢ ·
نقض ٣٠ ابريل ١٩٧٠ س ٢١ ص ٧٦٧ ·

الفوائد من يوم هذه المطالبة القضائية لا قبل ذلك (١) • فلا يكفى الانذار لاستحقاقها • ولا يكفى ان يطالب الدائن باصل الدين ، بل يجب ان يطلب الفوائد ايضا •

القيود القانونية على الفائدة :

حددت المادة ٢٢٦ فوائد التأخير القانونية باربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية •

والعبرة فى ذلك بصفة المدين ، فاذا كان تاجرا الزم بـ ٥ ٪ والا بـ ٤ ٪ فقط ولو كان الدائن تاجرا او كانت العملية تجارية •

ويمكن الاتفاق على سعر مختلف بشرط الا يتجاوز ذلك ٧ ٪ • الا انه ينبغى التمييز بين الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية فالاولى تستحق فى حالة تأخر المدين عن الوفاء بالدين ، اما الثانية فتكون لمن يودع مبلغ من المال مختارا لدى بنك او هيئة لاستثماره فهنا لا نكون بصدد علاقة مديونية بل عملية استثمارية يترك فيها تحديد الفائدة لاتفاق الطرفين دون قيود (٢) •

وقد اورد المشرع على الفائدة التأخيرية بعض القيود :

١ ــ عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال ، فقد نصت المادة ١٣٢ على انه لا يجوز ان يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية •

فالدائن لا يجوز له ان يتقاضى مجموع فوائد تزيد على ماله من رأس مال ، اذ من المصلحة ان يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، ويكفى الدائن ان يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله •

---

(١) نقض ٣٠ ابريل ١٩٧٠ س ٢١ ص ٧٦٧ •

(٢) البدراوى ص ١٠٩ •

واستثنى القانون مع ذلك من حكم هذا القيد ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، فمثلا تجرى هذه القواعد والعادات فى الحساب الجارى على جواز ان يزيد مقدار ما يتقاضاه الدائن من فوائد على مقدار رأس المال ٠

٢ ـ لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، اذ ان القانون يحرم الفوائد المركبة اى احتساب فوائد على الفوائد او فى عبارة اخرى ، ضم الفوائد الى رأس المال واحتساب الفوائد على رأس المال الجديد ٠

ولكن هذا التحريم يرد عليه استثناء فيما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما هو الحال فى الحساب الجارى ، حيث يجوز أخذ فوائد على متجمد الفوائد ٠

الفصل الثـالث

الوسائل التى تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

حق الضمان العام ووسائل حمايته :

القاعدة ان جميع امـوال المدين ضامنـة لديونه • وحق الدائـن لا يرد على مال معين للمـدين ، وانما هو ينصـب على مجموعة امـوال المدين ، بحيث تكون امـوال المدين جميعها ضامنة للوفـاء بديونه • ولا يشمل ذلك جميع اموال المدين الحـاضرة فحسب ، وانما ايضـا ما يستجد له من مال فى المستقبل •

ونتيجة لذلك فان كل واحد من الدائنين له مصلحة فى المحافظة على اموال المدين • ويتأثر الدائن بالتالى بأثر تصرفات مدينه ، فيكـون اكثر استيثاقا من استيفاء حقه كلما ذادت اموال المدين ، وتقـل على النقيض ، فرص استيفائه له كلمـا قلت امواله • ويكـون من مصلحـة الدائنين ان تزيد اموال المدين وتقل ديونه (١) •

لذلك تعين على الشارع ان يحمى الدائن ضـد تصرفات مدينـه وضد اهماله ، فقرر منحه وسـائل مختلفة لتحقيق هذا الغـرض • من هذه الوسائل ثلاث دعاوى وطريقين آخـرين •

الدعوى غير المباشرة ، الدعوى البوليصية ، دعوى الصـورية ، هذا بالاضافة الى الحق فى الحبس ونظام شهر الاعسار •

وتناول كل من تلك الوسائل فى مبحث مستقل •

---

(١) اسماعيل غانم ص ١٤٥ •

المبحث الاول

الدعــــوى غير المباشرة

Action oblique

فكرة الدعوى غير المباشرة :

تهدف الدعوى غير المباشرة الى حماية الدائن من تقصـير المدين ، عن طريق تمكين الدائن من ان يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه فاذا كـان للمدين مثـلا حق فى مطالبة الغير بتعـــويض عن ضرر اصابة ، واهمل فى هذه المطالبة ، استطاع احد دائنيه ان يقوم بذلك مكانه • فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على اموال المدين تمهيدا للتنفيذ عليها • فالدعـــوى غير المباشرة تعـد وسيلة لحماية حق الدائن فى الضمان العام من ان ينتقص نتيجة قعـود المدين عن استعمال بعض حقوقه او المطالبة بها •

شروط الدعوى غير المباشرة :

اولا : ـ الشروط التى ترجع الى الدائن :

يجوز لكل دائن ان يستعمل حقوق مدينه عن طريق الدعـوى غير المباشرة • والدائن هو من يكون له حق دائنيه قبل شخص آخــر ، ايا كان مصدر حقه (عقد فعل نافع ، فعل ضار •••) او محله (١) •

يشترط فقط ان يكون حق الدائن ثابتا ومحققا ، فاذا نازعــه المدين فى وجود حقه وجب الفصـل اولا فى النزاع • ولا يكفى مجرد احتمال ان يصبح الشخص دائنا ، كما هو شأن الوارث المحتمل للدائن اذ القانون لا يعتد بمجرد الاحتمال •

ولا يشترط ان يكون حق الدائن مستحق الاداء او معين المقـدار ولا اهمية لتاريخ نشوء هذا الحق ما دام انه حق ثابت مؤكد •

ثانيا : ـ الشروط التى ترجع الى المدين :

١ ـ ان يكون المدين مهمـلا فى استعمال حقه ، اذ لا يجـــوز

---

(١) سليمان مرقص ص ٥٤٦ •

للدائن ان يستعمل حقا لمدينه الا اذا اثبت انه تراخى عن عمد او اهمال فى استعمال هذا الحق · أى لابد من ان يكون المدين مقصرا فى استعمال حقه ·

٢ ـ يجب على الدائن ان يثبت ان من شأن عدم استعمال المدين لحقه ان يؤدى الى اعساره او الى زيادة هذا الاعسار · فاذا كان المدين موسرا ، فليس لدائنيه ان يتدخلوا فى شئونه ، فهو حر فى استعمال حقوقه او عدم استعمالها ·

٣ ـ وعندما يباشر الدائن صاحب المصلحة حق مدينه فانه يفعل ذلك باسم ذلك المدين لا باسمه هو ، أى انه يكون نائبا عن المدين لذا وجب على الدائن ادخال المدين خصما فى الدعوى ·

ثالثا : ـ الشروط التى ترجع الى الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه :

يجوز للدائن ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة او غير قابل للحجز (١) ·

فتخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة ، اذن ، طائفتان من الحقوق ، أى لا يجوز استعمالها باسم المدين :

١ ـ الحقوق غير القابلة للحجز ، فتلك الحقوق تخرج من الضمان العام للدائنين ، فهم لا يستطيعون التنفيذ عليها ، فلا جدوى من استعمالها باسم المدين · مثال ذلك دعاوى النفقة ، فالدائن لا يستطيع ان يطالب باسم مدينه بحق نفقة ما دام لن يستطيع التنفيذ على المبلغ المحكوم به ·

٢ ـ الحقوق المتصلة بشخص المدين ، ويدخل فى ذلك الحقوق غير المالية مثل حق المدين فى الطلاق او الحق فى ثبوت النسب كابوه او بنوه ، ولا يجوز استعمال الحقوق المالية المتصلة بشخص المدين اى

---

(١) نقض ٢٣ يناير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٥٥ ·

التى تتأسس على اعتبارات ادبية لا يستطيع تقديرها سوى المدين وحده ، كحق الواهب فى الرجوع فى الهبة ، وحق المؤلف فى نشر مؤلفه ٠

٣ ـ لا يجوز للدائن ان يستعمل رخصة باسم المدين ، اذ لا يجوز له ان يتولى ادارة اموال المدين نيابة عنه ويبرم البيوع والايجارات باسمه ولو كانت ادارته معيبة ، وليس له ان يحل محله فى استعمال امواله واستغلالها ، كأن يقوم مثلا بزراعة اراضيه بحجة ان المدين لا يحسن زراعتها ، لأن فى ذلك سلب لحرية المدين وفرض نوع من الوصاية عليه (١) ٠

آثار الدعوى غير المباشرة : ـ

يستعمل الدائن الدعوى غير المباشرة بسم المدين اى نيابة عنه وذلك بقصد المحافظة على الضمان العام ، ويترتب على ذلك :

١ ـ يظل المدين محتفظا بحقه حتى بعد ان يستعمله الدائن باسمه ، اذ يبقى المدين صاحب الحق وتبقى له سلطاته بشأن هذا الحق كاملة ، فله ان يتصرف فيه بكافة انواع التصرفات ، كما ان لمدين المدين ان يفى بالدين للمدين فيكون وفاؤه صحيحا ٠

٢ ـ يكون لخصم الدائن (مدين المدين) ان يتمسك بكل الدفوع التى يستطيع التمسك بها ضد المدين نفسه ، كالدفع ببطلان الدين او انقضائه ، وله ان يتمسك بكل اتفاق مع المدين متعلقا بالحق الذى يستعمله الدائن ، كصلح تم بشأنه ٠

٣ ـ الدائن ليس الا نائبا عن المدين لذلك فان الحكم الذى يصدر فى الدعوى غير المباشرة انما يصدر للمدين او عليه ، وما يحكم به يدخل فى الذمة المالية للمدين مباشرة ولا يفيد منه الدائن الا باعتباره من اموال المدين الضامنة سداد ديونه ٠ اى انه الحكم الصادر رغم انه قد تم بناء على سعى احد الدائنين ، الا انه يستفيد منه الجميع المدين وسائر الدائنين ٠

---

(١) Carbonnier P. 531

المبحث الثاني

الدعوى البوليصية

Action Paulienne

تشترك الدعوى البوليصية مع الدعوى غير المباشرة فى الهدف الا وهو المحافظة على اموال المدين ، ولكن فى حين ان الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر اهمال المدين وتقصيره ، فان الدعوى البوليصية تهدف الى حماية الدائن من خطر اكبر الا وهو تصرفات المدين التى يجزيها اضرارا به ، كأن يقوم ببيع امواله بثمن بخس ثم يهرب ما قبض من ثمن وذلك فرارا من التنفيذ على المال .

وترفع الدعوى البوليصية باسم الدائن مباشرة ـ لا باسم المدين كالدعوى غير المباشرة ـ ويقصد منها عدم نفاذ التصرف الضار بالدائن فى حقه (١) .

شروط الدعوى البوليصية :

اولا : ـ الشروط التى ترجع للدائن :

ليس لكل دائن ان يلجأ الى الدعوى البوليصية ليطالب بعدم نفاذ تصرف مدينه ، بل يلزم ان يكون الدائن صاحب حق مستحق الاداء . فليس للدائن بحق مؤجل او معلق على شرط واقف لم يتحقق بعد ان يستعمل الدعوى البوليصية .

ويجب ان يكون حق الدائن سابقا فى وجوده على التصرف المطعون فيه ، اذ لا يتصور ان يكون المدين قد قصد بتصرفه الاضرار بدائن لم يكن له وجود وقت ابرامه .

ويلزم كذلك ان يصيب الدائن ضرر من جراء التصرف ، أى ان هذا التصرف قد ورد على مال كان يستطيع الدائن ان يستوفى حقه منه . وعلى هذا فان الدائن لا يكون له مصلحة فى رفع الدعوى اذا استوفى حقه من المدين او من المتصرف اليه .

---

(١) Starck P. 783

ثانيا : ـ الشروط التى ترجع الى التصرف المطعون فيه :

يلـزم لكى يستطيع الدائن ان يستعمل الدعـوى البوليصية ان نكون بصدد تصرف قانونى مفقر (١) ٠

فلا يمكن الطعن فى الاعمال المـادية التى تصدر من المدين ، فلـو اضر المدين بالغير ، والتزم قبله بتعويض الضرر ، فان الدائن لا يستطيع الطعن بالدعـوى البوليصية فى العمل غـير المشروع الذى نسـب الى المدين ، بل يلزم ان نكون بصدد تصرف قانونى ، اى اتجاه الارادة نحو احداث اثر قانونى معين ، كأن يهب المدين عقارا مملـوكا له لشخص آخر او ان يبيعه بثمن بخس ٠

ويلزم ان يكون هذا التصرف مفقرا أى ينقص من حقوق المـدين او يخرج قيمة مالية من ذمته كالبيع والهبة ، ويكـون التصرف مفقـرا كذلك اذا كان من شأنه ان يزيد من التزامات المدين وديونه وذلك مثل عقد القرض الذى يعقده المدين ٠

ونظرا لان اعسار المدين هو الذى يبـرر التقييد من حريتـه فى التصرف ، فيشترط فى التصرف المطعـون فيه ان يكون قد تسـبب فى اعسار المدين او زاد فى هذا الاعسار ، اما ان بقى المديـن موسرا فانـه لا يجوز الطعن فى تصرفه بالدعوى البوليصية ٠

ثالثا : ـ الشروط التى ترجع الى المدين :

لا يكفي ان يترتب على التصرف المطعون فيه اعسار المدين او زيادة اعساره بل يلزم ان ينطوى هذا التصرف على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف عالما بهذا الغش (٢) ٠

ويقصد بالغش ان تتـوافر لدى المدين نيـة الاضرار بالدائن ، ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على غش ان يكون قد صـدر من المدين

---

(١) جلال العدوى ص ١٦٢ ٠

(٢) Carbonnier P. 533

وهو عالم انه معسر ، أى يكتفى بعلم المدين باعساره باعتبار أن هذا العلم قرينة على قصد الاضرار (١) ٠

وغش المدين لا يشترط الا فى المعاوضات دون التبرعات ٠ فلو كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ فى حق الدائن ولو كان من صدر له التصرف حسن النية ، ولو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا ٠ كما لو وهب المدين مالا او نزل عن دين له فى ذمة الغير بدون مقابل ٠ فليس من المقبول ان ينفذ تبرع المدين فى حق دائنيه اذا لم يكن لديه ما يكفى لسداد ديونه ٠

واذا كنا بصدد معاوضة فلا يكفى غش المدين ، بل يجب ان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ذلك ان ضرورة استقرار المعاملات تقتضى حماية الغير حسن النية ٠ويعتبر من صدر اليه التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم ان هذا المدين معسر ٠

اما ان كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ فى حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ٠

آثار الدعوى البوليصية : ـ

الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل تهدف الى عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن ، ويترتب على ذلك ان تصرف المدين لا يبطل ، بل يظل قائما بالنسبة الى المدين ومن تصرف اليه ٠ ونجمل هذه الآثار على النحو التالى : ـ

١ ـ عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن ٠ يترتب على الدعوى البوليصية ، عدم الاعتداد بالتصرف فى حق الدائن ، فيعود المال موضوع التصرف الى الضمان العام ، ويعتبر انه لم يخرج من الذمة المالية للمدين ، ويكون للدائن التنفيذ على هذا المال لاستيفاء دينه (٢) ٠

---

(١) نقض ٤ ديسمبر ١٩٧٣ س ٢٣ ص ١٢١٣ ٠

(٢) نقض ١٣ يونيه ١٩٧٢ س ٢٣ ص ١٠١٥ ٠

والحكم بعدم نفاذ التصرف يستفيد منه جميع الدائنين متى توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية ، ويجوز لهم ان يتدخلوا فى اجراءات التنفيذ على المال وان يشاركوا الدائن الذى رفع الدعوى البوليصية فى اقتسام حصيلة بيع المال (١) .

٢ ـ لايترتب على الدعوى البوليصية بطلان التصرف المطعون فيه ، بل يبقى التصرف الذى حكم بعدم نفاذه فى مواجهة الدائنين قائما بين المدين والمتصرف اليه ، وينتج كل آثاره التى لا تتعارض مع عدم نفاذه فى حق الدائنين .

فاذا نفذ الدائنون على المال تحت يد المتصرف اليه ، فانما ينفذون عليه باعتباره ملكا للمدين فى حدود ما يفى بحقوقهم ، فان فاض منه شيىء او من ثمنه شيىء فهو من حق المتصرف اليه ولا يؤول منه شيىء للمدين .

٣ ـ يستطيع المتصرف اليه ان يتفادى الدعوى البوليصية وبالتالى نفاذ التصرف اذا هو ادى الى الدائن رافعها ما هو مستحق له فى ذمة المدين ، او اذا اودع خزانة المحكمة ـ لحساب الدائن رافع الدعوى ـ ثمن المثل للشيىء الذى اكتسبه فاذا كان قد اشترى مالا ولم يدفع الثمن ، استطاع ان يتفادى الدعوى البوليصية اذا اودع ثمن المثل ـ وليس فقط الثمن المتفق عليه ـ خزانة المحكمة .

كما يسقط حق الدائن فى رفع الدعوى متى قام المدين نفسه بوفاء الدين .

٤ ـ تسقط الدعوى البوليصية بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف (كاعسار المدين وغشه) . وتسقط الدعوى فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف .

---

(١) سليمان مرقص ص ٦٨٠ .
البدراوى ص ١٦٤ .

المبحث الثالث

دعوى الصــورية

Simulation

تعريف الصورية وبيان انواعها :

تتمثــل الصورية فى اتخــاذ مظهــر كاذب عنــد اجــراء تصرف قانونى ، فهى موقف ظاهر غير حقيقى يستر موقفا خفيا • فاذا كنـــا بصدد عقد ، نجد هناك عقدين : عقد ظاهر وهو العقد الصــورى وآخر مستتر وهو العقد الحقيقى ويطلق عليه ورقة الضـــد ، وللصـــورية عدة انواع (١) :

١ ــ صورية مطلقة تتناول وجــود التصرف فى ذاته ، فيكــون التصرف الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، ومثال ذلك ان يلجأ المـــدين المهدد بالحجز على امواله الى بيعها لاحد اصدقائه ، ويتفق معه على ان البيع صورى محض وان الاموال ما زالت على ملكه • ويأخذ من صديقه اقرارا بذلك ، ويسمى هذا الاقرار ورقة الضد •

٢ ــ صورية نسبية وتتمثل فى اخفاء حقيقة التصرف فى صورة تصرف آخر ، اى ان العقد الظاهر يستر عقدا خفيا مغايرا له ســواء فى النوع ، او فى الشروط والاركان ، او فى شخصية اطرافه (٢) :

ــ فقد تقع الصورية على طبيعة التصرف او نوعه ، كمن يعقـــد تصرف حقيقى ويستره فى صورة تصرف آخر • كأن يتفق الطرفان على ان عقد البيع هو فى حقيقته هبة وان المشترى غير ملزم بدفع الثمن •

ــ وقد تتنــاول الصورية شــرطا من شروط العقد او ركنــا من اركانه ، فقد يلجأ المتعاقدان الى ذكر ثمن اقــل من الثمن الحقيقى فى عقد البيع تهربا من رسوم التسجيل •

---

(١) البدراوى ص ١٧١ •

(٢) Starck P. 511

- وقد تقع الصورية على احد طرفى العقد كما لو تم الشراء باسم شخص ولكنه فى الحقيقة لحساب شخص آخر فيكون اسم الشخص الظاهر فى العقد اسما مستعارا ·

شروط تحقق الصورية :

١ - لابد من وجود عقدين او تصرفين قانونين احدهما ظاهر والآخر خفى ·

٢ - ان يكون هناك تغاير بين العقدين سواء فى الطبيعة او الشروط او الاركان ·

٣ - ان يكونا متعاصرين اى فى وقت واحد ، فاذا كان احدهما لاحقا للآخر فان ذلك يعد بمثابة تعديل له ·

احكام الصورية :

اولا : احكام الصورية فيما بين المتعاقدين :

العبرة فيما بين المتعاقدين والخلف العام ليست بالعقد الظاهر ، وانما بالعقد الحقيقى ، وهذا يتمشى مع الارادة الحقيقية للطرفين اعمالا لمبدأ سلطان الارادة ، ذلك ان العقد الحقيقى هو وحده العقد الذى اراده المتعاقدان · فاذا كان العقد الصورى بيعا فانه لا يرتب اثرا بين طرفيه ولا تنتقل الملكية بمقتضاه للمشترى ، واذا كان البيع الصورى يخفى هبة ، اخذ طرفاه باحكام الهبة لا بآثار البيع ·

والصورية لا يترتب عليها بطلان التصرف ، اذ يعتد بالعقد الحقيقى بين الطرفين طالما انه استكمل شروط الانعقاد والصحة · اما اذا كان التصرف الخفى باطلا يحرمه القانون فان الجزاء هو بطلان هذا التصرف ، فاذا اخفى المتعاقدان هبة اريد بها الاستمرار فى علاقة غير شرعية فى صورة بيع ، فان التصرف يبطل لا لانه صورى بل لان سببه غير مشروع ·

ويجب على من يدعى الصورية ان يثبت ادعاءه والا اعتد بالعقد الظاهر · لذلك يجب على المتعاقد اذا عقد تصرفا صوريا مكتوبا ان

يحتاط ويحصل على ورقة الضد التى يثبت بها حقيقة التصرف وذلك لانه لا يجوز اثبات ما يخالف الكتابة الا بالكتابة ٠

ثانيا : ـ احكام الصورية بالنسبة للغير :

ويقصد بالغير هنا كل من الدائنين والخلف الخاص للمتعاقدين ٠ فلدائن البائع مثلا ان يتمسك بصورية عقد البيع حتى يظل المال المبيع فى ذمة المدين البائع وضمانا عاما له بالتالى ٠ والخلف الخاص هو من انتقل اليه من احد طرفى العقد حق خاص على مال معين بالذات ٠ فلو باع شخص دارا بيعا صوريا ، فكل من كسب حقا عينيا على هذه الدار قبل التصرف الصورى او بعده من البائع او المشترى يعتبر من الغير فى البيع الصورى الذى تم ٠

ويتلخص حكم الصورية بالنسبة للغير فى ثلاثة مبادىء هى :

١ ـ يجوز للغير ان يتمسك بالعقد المستقر اذا كانت له مصلحة فى ذلك ٠ ولكن عليه ان يثبت صورية التصرف الظاهر وله اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات فلدائن البائع الصورى ان يثبت بكل طرق الاثبات ان البيع الظاهر لا وجود له فى الحقيقة حتى يستطيع التنفيذ على المبيع بوصفه لا زال فى ملك مدينه (١) ٠

٢ ـ ولكن يجوز للغير ايضا متى كانت له مصلحة فى ذلك ـ ان يتمسك بالعقد الظاهر بشرط ان يكون حسن النية أى لا يعلم بالتصرف المستتر (الحقيقى) ٠ والسبب فى ذلك هو الرغبة فى حماية الغير حسن النية ضمانا لاستقرار التعامل ٠ ويقصد بحسن النية هنا الجهل بحقيقة الواقع ، أى الجهل بان العقد الظاهر عقد صورى ٠ فمثلا من مصلحة دائنى المشترى الصورى التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع فى ضمانهم العام ويستطيعون التنفيذ عليه ٠

والمفروض ان الغير حسن النية لايعلم بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك ان يثبت ما يدعيه ٠

---

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٥٧٥ ٠

٣ ـ ويمكن ان تتعارض مصالح الغير ، اذ يمكن ان يتمسك بعضهم بالعقد الظاهر ويتمسك آخرون بالعقد المستتر وذلك وفقا لمصلحة كل منهم • ففى البيع الصورى مثلا ، من مصلحة دائنى البائع التمسك بالعقد الحقيقي واثبات صورية البيع حتى يظل الشيىء المبيع فى ذمة مدينهم (البائع) ويمكنهم التنفيذ عليه ، ومن مصلحة دائنى المشترى التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل الشيىء المبيع ذمة مدينهم ويتمكنوا من التنفيذ عليه •

من المقرر فى حالة التعارض بين مصالح الغير ان الاولوية تكون لمن يتمسك بالعقد الظاهر وذلك حماية لاستقرار التعامل • اى انه فى المثال السابق ستكون الافضلية للعقد الصورى اى لدائنى المشترى •

المبحث الرابع

نظام الاعسار

الاعسار : الاعسار الفعلى والاعسار القانونى ـ الافلاس :

اثبت العمل قصور الوسائل المتقدمة (الدعاوى الثلاث : البوليصية ، غير المباشرة ، الصورية ـ الحق فى الحبس) فى حماية الدائنين ضد غش المدين او اهماله ، وذلك نظرا لصعوبة توافر شروط تطبيقها وسهولة التهرب من احكامها (١) •

لذلك عالج المشرع هذا النقص فيما يتعلق بالمعاملات التجارية بانشائه نظام الافلاس ، وفيما يتعلق بالمسائل المدنية بوضعه نظام الاعسار المدنى •

والاعسار هو حالة المدين الذى تزيد ديونه على حقوقه أى تربو ديونه على امواله • ويكون الاعسار فعليا متى زادت ديون المدين جميعها أي الحالة منها والمؤجلة على قيمة امواله • وتلك حالة واقعية لا يتطلب فيها حكما بالشهر •

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢١٤ •

اما الاعسار القانونى فهو حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين الحالة أى المستحقة الاداء على امواله · ولابد من شهرها بموجب حكم قضائى يجعل المدين فى حالة اعسار ·

والاعسار المدنى (بنوعيه) الذى يوجد فى المعاملات المدنية يترتب عليه تقييد يد المديـن فى التصرف فى امواله · وهو فى هذا يتفـق مع نظام الافلاس التجارى ، وان كان نظـام الافلاس ينطـوى على كثير من الشدة بالنسبة للمدين وذلك لما تقتضيه ظروف التجارة وما تتطلبه من ضرورة توفير الثقة التامة بين التجار ·

ويحقق نظام الافلاس على وجة كامل مصلحة الدائنين والمســاواة بينهم ، وذلك برفع يد المفلس عن امواله فــلا يستطيع التصرف فيها ، ويعهد بها الى السنـديك الذى يتولى ادارة تلـك الاموال وتصفيتهـــا وتقسيم ثمنهــــا بين الدائنين بنسبة ديونهم · فتصفية اموال المـدين تكون تصفية جماعيــة يباشرها وكيل عن الدائنين ، فلا يجوز لاى دائن عادى اتخاذ اجراءات التنفيذ الفردية على اموال المدين · وبذلك تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين لانهم يتقاسمون فيما بينهم حصيلة اموال المديـن ·

شهر الاعسار :

لا تقوم حالة الاعسار الا بصــدور حكم بشهره ، بناء على دعـوى قضائية بطلبه ·

ويطلب شهر الاعسار ، فى الغالب ، احد الدائنين وذلك اما بهدف غل يد المدين المعسر عن التصرف فى امواله وامــا الى وقف السباق بين سائر الدائنين فى التنفيذ على اموال المدين ·

ويقع على المدعى (الدائن الذى يطلب شهر الاعسار) اثبات اعسار المدين اى اثبــات ان جميع امــوال المدين لا تفى بديـونه المستحقة أى الحالة وقت طلب شهر اعساره · ولما كان الاعسار أى عدم كفاية الاموال واقعة مادية فانه يجوز اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات ·

وقد يطلب شهر الاعسار المدين نفسه ، الذى يكون له مصلحة فى ذلك عن طريق تسوية احواله المالية المضطربة ٠

ولا يجوز للقاضى ان يقضى بشهر اعسار المدين من تلقاء نفسه أى دون طلب مقدم من المدين او احد الدائنين ٠ عكس الحال فى نظام الافلاس الذى يعطى للمحكمة تلك السلطة ٠

وللمحكمة سلطة تقديرية فى ان تحكم بشهر الاعسار من عدمه ، فهى ليست ملزمة بالاستجابة الى الطلب المقدم ، اذ عليها ان تقرر ذلك على ضوء جميع الظروف التى احاطت بالمدين ، فتنظر الى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته ومصالح دائنيه وكل ما يمكن ان يؤثر فى حالته المالية ٠

وقد اوجب القانون الحكم فى دعوى شهر الاعسار على وجه السرعة ٠ وان يكون للحكم الصادر فيها العلانية الكافية حتى يعلم به الغير ويبنى على اساسه تعامله ٠

آثار شهر الاعسار :

تتلخص آثار شهر الاعسار فى تقرير المساواة الفعلية بين الدائنين وضمان الحماية الكافية ضد كل ما يرتكبه المدين من غش ويبدو ذلك فيما يلى :

١ ـ يترتب على الحكم بشهر الاعسار ان تحل آجال الديون المؤجلة ، أى يستطيع الدائنون المؤجلة ديونهم ان يشاركوا اصحاب الديون الحالة فى التنفيذ فورا على اموال المدين ٠ ويخصم من الديون التى حلت مقدار الفائدة عن المدة التى سقطت بسقوط الاجل ٠

٢ ـ لاتنفذ فى حق الدائنين تصرفات المدين المفقرة له (التى تنقص حقوقه او تزيد التزاماته) طالما وانها تمت بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، اذ يفترض الغش فى تلك التصرفات ٠

٣ ـ وتحقيقا للمساواة بين الدائنين لا يجوز القيام باى اجراء يفضل احدهم على الآخرين ، فالوفاء الذى يقوم به المدين لاحدهم

لا يكون صحيحا ، ولا يجوز ان يختص احد الدائنين بعقار مملوك للمدين ٠

عكس الحال فى نظام الافلاس حيث تكون هناك تصفية جماعية دون تمييز لدائن على آخر ، فان شهر الاعسار لايمنع دون اتخاذ الدائنين لاجراءات فردية ضد المدين ، فعقب الشهر يجوز لكل دائن ان يحجز على اموال المدين ٠ وان كان من الناحية العملية ان علانية الشهر تنبه الدائنين الذين يتقدمون جميعا للاشتراك فى التنفيذ على اموال المدين ٠

٤ – قرر المشرع حماية للدائنين توقيع عقوبة التبديد على المدين اذا ارتكب عملا من اعمال الغش البين اضرارا بدائنيه ، كما اذا تعمد الاعسار بقصد الاضرار بدائنيه او أخفى بعض امواله او اصطنع ديونا صورية ٠

٥ – قرر المشرع كذلك رعاية لمصلحة المدين ان يمنع التنفيذ على بعض امواله الضرورية لمعيشته ٠ واجاز لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار ان يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من ايراداته المحجوزة ٠ وللمدين ان يتظلم من هذا التقدير اذا رآه غير كاف ٠

انتهاء حالة الاعسار :

تنتهى حالة الاعسار ، اما بحكم قضائى واما بقوة القانون ، ويترتب على انتهائها فى الحالتين نفس الآثار ٠

تصدر المحكمة حكما بانتهاء حالة الاعسار متى زال السبب الذى شهر من أجله الاعسار ٠ ويتحقق ذلك اذا اصبحت ديون المدين لا تزيد على امواله (زيادة امواله بارث مثلا) او متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون ان يكون لشهر الاعسار اثر فى حلولها ٠

وعلى أى حال فان حالة الاعسار تنتهى بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ الحكم الصادر بشهر الاعسار ، حتى ولو كان السبب الذى اشهر الاعسار من اجله لازال قائما ، أى ولو لم تكن للمدين اموال تكفى لسداد ديونه ٠ والحكمة من ذلك عدم اطالة حالة الاعسار لما

فيها من قيود على المدين المعسر ، ويكفى الدائنين مدة الخمس سنوات للقيام خلالها بتصفية اموال المدين ٠

ويترتب على انتهاء حالة الاعسار زوال الآثار التى ترتبت على شهره ، فيعود للمدين حقه فى التصرف فى امواله ، وتصبح تصرفاته نافذة فى حق دائنيه ٠

المبحث الخامس

حق الحبس

Le droit de retention

التعريف بحق الحبس :

الحق فى الحبس هو وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه ، فهو بمثابة ضمان خاص اعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا فى الوقت ذاته لمدينه ٠ فحق الحبس يفترض ان هناك شخصين، احدهما يحرز شيئا عليه اداؤه للاخر ، وله فى نفس الوقت حق قبله مرتبط بالتزامه هذا ، فيكون له ان يحبس الشيىء الذى التزم بادائه حتى يستوفى حقه ٠ مثال ذلك ان يحبس البائع الشيىء المبيع حتى يستوفى الثمن وان يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى اجره وما انفقه فى حفظها ٠

شروط الحق فى الحبس :

يتضح من نص المادة ٢٤٦ ان شروط قيام الحق فى الحبس ثلاثة :

١ ـ وجود شيىء فى يد الحابس يلتزم بادائه لمدينه ، أى ان يكون الحابس ملتزما باعطاء شيىء للمدين ، هذا الشيىء قد يكون منقولا او عقارا ، وقد يكون شيئا ماديا او غير مادى ٠ ولكن لا يجوز ان يكون الشيىء المحبوس مملوكا ملكية عامة او غير جائز الحجز عليه ٠ فليس لرب العمل ان يحبس اجر العامل الا فى حدود القدر الجائز الحجز عليه ، حتى يوفى العامل بالتزامه نحوه (١) ٠

---

(١) البدراوى ص ١٨٧ ٠
اسماعيل غانم ص ٢٢٦ ٠

ويشترط الا يكون الحابس قد توصل الى وضع يده على الشيىء بطريقة غير مشروعة كالسرقة او الغصب • فالسارق لمنقول لا يجوز له ان يحبسه حتى يستوفى ما انفق لحفظه •

٢ - ان يكون للحابس حق مستحق الاداء ، أى يكون دائنـا لمدينه ، اى ان يكون له فى ذمة مدينه دين معين ، وهو الذى يحبس من اجله الشيىء حتى يستوفيه فالهدف المقصود من حق الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه ، ولذلك كان من الضرورى ان يكون للحابس حق واجب الأداء فى الحال ومحقق الوجود أى غير متنازع عليه •

٣ - وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه باداء شيىء ، أى ان يكـون بين الدينين ارتباط ما • والارتباط نوعـان : ارتبـاط قانونى او معنوى ، وارتباط مادى او موضوعى •

- ويوجد الارتباط القانونى او المعنوى حيث توجد علاقة قانونية تبادلية بين التزام الحابس وحقه ، بمعنى ان كلا الالتزامين ناشئان عن عقد واحد او علاقة قانونية واحدة ، وهذه العلاقة التبادلية قد يكون مصدرها عقدا ملزما للجانبين • مثال ذلك ان يحبس المشترى الثمن حتى ينفذ البائع التزامه ، وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة لانحلال العقـد بالفسخ او البطـلان ، اذ يتـرتب على انحـلال العقد التـزام كل من المتعاقدين برد ما اخذه • فعندئذ يجوز لايهما ان يحبس ما اخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد اليه ما تسلمه منه •

وقد توجد العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجـانب واحـد ، ومثاله حق المودع لديـه فى جبس الوديعة حتى يستوى ما انفـق من مصروفات فى حفظها • وقد توجد العلاقة التبادلية أخيرا دون وجـود علاقة تعاقدية بين الطرفين ، كالالتـزامات المتبادلة بين الفضـولى ورب العمل والتى مصدرها الفضالة ، تجيز لكل منهما ان يمتنع عن تنفيـذ التزامه حتى يستوفى حقوقه •

- اما الارتباط المادى فينشأ عن واقعة مادية ، لا علاقة تبادلية ، هى ان الشيىء المحبوس قد نشأ بمناسبته ومرتبطا به الدين الآخـر اى ان يكون حق الحائز قد نشـأ عن الشيىء ذاته ، فاما ان يكـون قد

انفق على الشيىء مصروفات يحـق له استردادها واما ان يكـون قد اصابه من الشيىء ضرر يستحق عنه التعويض ، فاذا فـر حيوان من حارسه الى ملك الجار فسبب فيه ضررا كان للجار الحق فى حبسه ٠

وحيث لا يوجـد ارتبـاط بين الالتزامـين فلا يثبت الحـق فى الحبس ، فاذا نشأ على عاتق شخصين التزامين متقابلين دون ارتبـاط بينهما (اذا نشأ الالتزامان من عقدين مختلفين مثلا) ، فلا يجـــوز استعمال الحق فى الحبس ، بل يمكن اجراء المقاصة بين الدينين اذا توافرت شروطها ٠

آثـار الحق فى الحبس :

يترتب على الحبس ان يكون للحابس حقوق معينة وعليه التزامات معينـــة :

اولا : حقوق الحابس :

ـ يجـوز للحـابس ان يبقى الشيىء بين يديـه حتى يستوفى دينه ٠ والحبس لا يقبل التجزئة ٠ فالحق فى الحبس يظل قائما ولو حدث وفاء جزئى ٠ ولكن لا يجوز التعسف فى استعمال هذا الحق كما لو كان الجزء الباقى من الدين يسـيرا بحيث لا يبـرر حبس الشيىء كله ٠

ـ ويستطيع الحابس ان يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهـة الغير ، سواء اكان خلفا خاصـا للمالك كمن تنتقل اليه ملكية العـين ، او كان دائنا للمالك قام بالتنفيذ على العين لاستيفاء دينه ٠

ولكن الحق فى الحبس لا يمنح الدائن الحابس افضلية او امتياز على غيره من الدائنين ، فليس له التنفيذ على الشيىء المحبوس لاستيفاء دينه ، اللهم الا اذا اقتسم الشيىء معهم قسمة غرماء ، وكل ماله هـو حبس الشيىء حتى يقتضى حقه كاملا ٠

ثانيـا : واجبـات الحابس :

ـ يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة ، فعليه ان يبذل

في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيىء او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبى لا يد له فيـــه .

واذا كـان الشيىء المحبـوس يخشى عليه الهـلاك او التلـف فللحابس ان يحصل على اذن القضاء ببيعه ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيىء الى ثمنه .

- وليس للحابس ان ينتفع بالشيىء المحبـوس لديه ، فثمـار الشيىء تكـون من حق مالكه ، وكل ماله هو حبس ثمـار الشيىء حتى يستوفى حقه ، وعليه ان يقدم حسابا عنها الى المالك عند انقضاء الحق فى الحبس ، فيرد له العين وثمارها او ثمن هذه الثمـار ان كانت قد بيعت لخشية الهلاك .

- يلتزم الحابس اخيرا بـرد العين المحبوســة عندما يســتوفى حقـه .

انقضـــاء الحق فى الحبس :

ينقضى الحق فى الحبس بعدة طرق :

أ - ينقضى الحق فى الحبس بطريقة تبعية أى بانقضاء الدين الذى يضمنه ، كالوفاء بالدين مثلا .

ب - وينقضى الحق فى الحبس بطريق اصلى أى رغم بقاء الدين الذى قام لاستيفائه وذلك فى عدة حالات .

١ - اذا قدم مالك العين المحبوسة تأمينا كافيا للوفاء بالدين المضمون بالحبس . ولكن نلاحظ - استثناءا من ذلك - انه لا ينقضى حق البائع فى حبس المبيع الا باستيفاء الثمن ولو قدم المشترى رهنـا او كفالة ، فان ذلك لا يجـدى .

٢ - يســقط الحق فى الحبس اذا هلـك الشيىء المحبـوس . ويعتبر الحابس مسئولا عن هلاك الشيىء ، الا اذا كان الهلاك لسبب اجنبى لا يد له فيه ، فانه يكون على المالك .

٣ - ويسقط الحق فى الحبس ايضا اذا اخل الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين المحبوسة .

٤ ـ ينقضي الحق في الحبس اخيرا بالنـزول عنه صراحة او ضمنا ، ويتحقق النزول الضمني بخـروج الشيىء من يـد الحابس خروجا اراديا ، كـأن يسلمه للمـدين • اما اذا خـرج الشيى ءمن يـد الحابس بدون ارادته ، خفية او على الرغم منه ، فانه يحق له استرداده لحبسه حتى لو حازه حائز حسن النية • ولكن ينبغي على الحابس ان يطلب الاسترداد خلال ثلاثين يوما من وقت علمه بخروج الشيىء من حيازته ، وفي ظرف سنة على الاكثر من وقت خروجه (١) •

---

(١) ولا يجوز التمسك بحـق الحبس لاول مرة امام محكمـة النقض (نقض ٢٣ يناير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٥٥) •

الفصــل الرابــع

الالتزام الطبيعى

Obligation naturelle

تعريف الالتزام الطبيعى ومقوماته :

يعتبر الالتزام المدنى التزاما كاملا ، لانه فى حالة تخلف المدين عن الوفاء به ، فان السلطة العامة تساعد الدائن على تنفيذه جبرا على المدين ، وهذا بعكس الحال فى الواجب الادبى وقواعد المجاملات حيث لا يوجد أى الزام فى الوفاء بهم ٠

وبين الالتزام القانونى والواجب الخلقى توجد طائفة ثالثة من الالتزامات هى الالتزامات الطبيعية ٠ فالالتزام الطبيعى يعتبر التزاما ولكنه ناقص لانه لا يحميه جزاء ، أى لا يمكن تنفيذه جبــرا على المدين ، بل يكون هذا الاخير حرا فى الوفاء او عدم الوفاء به ٠ الا انه متى تم تنفيذه لا يكــون هذا التنفيــذ تبرعا بل هــو وفاء لان الالتـــزام الطبيعى ، وان كان مجردا من عنصر الجبر ، الا انه مع ذلك التـــزام قائم فى ذمة المدين ٠

فاذا كان الالتزام المدنى ينطوى على عنصرين : المديونية ، وهى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين الوفاء به ، والمسئولية ، وهى اجبار المدين على الوفاء بواجبه ، فان الالتزام الطبيعى التزام ناقص لا ينطوى الا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية (١) ٠

حالات الالتزام الطبيعى :

اولا : ـ الحالات التى ينص عليها القانــون :

قد ينص المشرع على بعض صور الالتزام الطبيعى ، وفى تلــك الحالات ينطبق حكم النص القانونى ٠ مثال ذلك مانصت عليه المــــادة

---

(١) Starck P. 687

٣٨٦ من انه اذا انقضى التزام مدنى بالتقادم تخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى ٠

ثانيا : - حالة عدم وجود نص - ترك الامر للقضاء :

تنص المادة ٢٠٠ على ان يقدر القاضى عند عدم وجود نص ما اذا كان هناك التزام طبيعى ، وفى كل حال لا يجوز ان يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام ٠

فللقاضى اذن سلطة تقدير وجود الالتزام الطبيعى من عدمه (١) ، الا ان سلطة القاضى فى التقدير ليست مطلقة بل هى مقيدة بقيدين ، هما فى الحقيقة الشرطان اللازمان لقيام الالتزام الطبيعى ٠

الاول : يتعين على القاضى ان يتحقق من قيام واجب ادبى وان يتثبت من ان هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد او فى وعى الجماعة الى مرتبة الالتزام الطبيعى ٠ والمعيار هذا معيار موضوعى لا ذاتى ، أى لا يعتمد على الاحساسات الشخصية للفرد بل على ما يشعر به الانسان العادى وما تحس به الجماعة بصفة عامة ٠

ومن امثلة الواجبات الادبية التى ترقى الى مرتبة الالتزام الطبيعى التزام الشخص بتعويض آخر عن الضرر غير المباشر الذى حاق به من جراء خطأ وقع منه ٠ والتزام الشخص بالانفاق على الاقارب الذين لا تلزمه نفقتهم قانونا ، والتزام الاب بتجهيز ابنته ٠

الثانى : لايجوز ان يقوم التزام طبيعى مخالف للنظام العام ، اذ ان الواجبات الخلقية لا يتصور ان تكون غير مشروعة ٠ وعلى ذلك لا يمكن ان يكون التزاما طبيعيا التعهد بدفع دين الرهان او المقامرة ، حيث يجوز لمن دفع فى هذه الحالة ان يسترد مادفعه ٠

آثار الالتزام الطبيعى :

١ - اذا قام المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعى كان وفاؤه صحيحا ، وانما يلزم ان يكون المدين على بينة واختيار ، أى انه يعلم انه يوفى بدين وهو غير مجبر على الوفاء به ٠ويترتب على ذلك

---

(١) جلال العدوى ص ٣٦ ٠

انه يمتنع عليه المطالبة برد ما دفع نظرا لانه قد أوفى بديـن وليس تبـرعا (١) ٠

٢ - يصلح الالتزام الطبيعى ان يكـون سببا لالتـزام مدنى ، فاذا تعهد المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعى تحول هذا الالتـزام الى التزام مدنى ويمكن اجباره على تنفيذه ٠ ولكن مجرد الاعتراف لايكفى بل يلزم ان يكون هناك تعهد بالوفاء صادر عن بينه واختيار ٠

٣ - عدم جواز المقاصة بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى ، لان المقاصة تعتبر نوعا من الوفاء يقع بقوة القـانون ، أى جبرا على المدين من جهة ، ولان المقاصـة القانونية تتطلب المساواة بين الدينين فى القوة من جهة أخرى ٠

٤ - لا يجوز تأمين الالتزام الطبيعى بكفالة شخصية او برهـن لان فى ذلك اجبار المدين على تنفيذ الالتزام بطريق غير مباشر ، اذ فى حالة كفالة الالتزام ، يجبر الكفيل على الوفـاء به اذا لم يقم المديـن بالوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين ٠

---

(١) سليمان مرقص ص ٦٤٣ ، البدراوى ص ١٤٩ ٠

البــاب الثــانى

اوصــاف الالتــزام

Les modalités des obligations

الالتزام قد يكون بسيطا ، أى مجرد رابطة قانونية تقوم بين شخصين : دائن ومدين ولم يلحق به وصف يعدل من آثاره . والوصف هو امر معين يلحق الالتزام فى احد عناصره ويؤدى الى تعديل آثاره ، ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام الموصوف او الالتزام المركب . وهذه الاوصاف على انواع ثلاثة :

١ ـ منها ما يتصل بنفاذ الالتزام او وجوده ، أى تجعله غير منجز وهى الشرط والاجل .

٢ ـ ومنها ما يتصل بمحل الالتزام ، فقد يتعدد المحل ، فيكون الالتزام تخييريا او بدليا .

٣ ـ وقد يتصل الوصف بطرفى الالتزام ، فقد يتعدد الطرفان ، فيكون الالتزام مشتركا او تضامنيا .

وسنتكلم فى أوصاف الالتزام فى ثلاثة فصول :

الاول : الشرط والاجل .

الثانى : تعدد محل الالتزام (الالتزامات البدلية والتخييرية) .

الثالث : تعدد اطراف الالتزام (الالتزامات التضامنية) .

الفصـــل الاول

الشرط والاجـــل

الشرط والاجل وصفان يلحقان الالتـزام فيعـدلان من آثاره · والشرط كالاجل كلاهما امر مستقبل ، ولكن تأثيرهما على الالتــزام ليس واحدا ، اذ الشرط يتميز عن الاجل بانه امر غير محقق الوقوع ، ومن ثم فالالتزام المعلـق على شرط يكون غير محقـق فى قيـامه او فى زواله ، اما الالتزام الموصـوف باجل فيكون محقق الوقوع ، ولكنـه مؤجل النفاذ او الانقضاء ·

لذلك ، ينقسم الفصـل الى مبحثين ، الاول للشرط والثـانى للاجل ·

المبحث الاول

الشرط

Condition

تعريف الشرط ، نوعاه :

الشرط هو امر مستقبل غير محقق الوقوع ، يترتب على تحقيقه وجود الالتزام او زواله · فاذا كان وجود الالتزام متوقفا على الشرط يكون الشرط واقفا · فالشرط الواقف هو الذى يتوقف على تحققـه وجود الالتزام ، فان تخلف لا يوجد الالتـزام (١) · فاذا تعهـد والـد لولده بان يهبه منزلا اذا تزوج ، يكون الزواج ، وهو امر مستقبل غير محقق الوقوع ، شرطا علق عليه التزام الوالد ·

اما اذا ترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام المعلق عليه كـان هذا الشرط فاسخا · فالالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ ولكن زواله هو الذى يعلق على الشرط فاذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن ، واذا تخلف يصبح الالتزام باتا · فـاذا اوصى الزوج لزوجته بمنزل بشرط الا تتزوج بعد وفاته لتنقطع لتربية

---

(١) Alex weill P. 948

اولاده ، فان الزواج ، وهو امر مستقل غير محقق الوقوع ، يعتبر شرطا فاسخا ، فاذا تحقق ترتب عليه زوال الالتزام أى الوصية ، واذا تخلف تصبح الوصية باتة اى الالتزام نهائى ·

مقومات الشرط :

١ ـ الشرط امر مستقبل ، لابد ان يكون الشرط امرا مستقبلا ، فاذا كان وجود الالتـزام قد علق على امر وقع فعلا او على امـر حاضر ، فان الالتزام يكون منجزا ، ولو كان الطرفان يجهلان تحقق هذا الامـر وقت اتفاقهما ، مثال ذلك ان اعدك بجائزة معينة اذا انت نجحت فى الامتحان ، ثم يتضح ان النتيجة قد ظهرت بنجاحك ، فهنا يكون الالتزام منجزا ·

٢ ـ امر غير محقق الوقـوع ، فاذا كان الامر المسـتقبل محقق الوقوع كان الالتزام مضافا الى اجل وليس معلقا على شرط ·

٣ ـ ان يكون الشرط ممكنا ، إذ لا يكون الامر شرطا اذا كـان مستحيل الوقوع · وذلك سـواء كانت الاسـتحالة مادية ترجـع الى طبيعة الاشياء ، او قانونية ترجع الى حكم القانون ·· كمن يتعهـد لشخص بان يمنحه جائزة اذا اكتشف دواء يديم الحياة ·

٤ ـ يجب ان يكون الشرط مشروعا ، أى غير مخالف للنظـام العام والآداب · وذلك كالهبة المعلقة على ارتكاب جريمة ·

٥ ـ ينبغى الا يكـون تحقيق الشرط الواقف متوقفـا على محض ارادة المدين ، وينقسم الشرط ، من حيث تعلقه بارادة الطـرفين ، الى ثلاثة انواع : شرط احتمالى وشرط مختلط وشرط ارادى (١) ·

فالشرط الاحتمالى هو امر متروك للصدفة المحضة دون ان يكون هناك دخل لارادة طرفى الالتزام فى حدوثه ، كالتـزام شخص بعمـل مشروع اذا رزق بولد ·

---

(٢) Carbonnier P. 204

والشرط المختلط هو ما يكون تحققه رهن احد الطرفين وبعامل خارجي فى آن واحد كارادة شخص ثالث إى بن الغير • ومثله الزواج من سيدة معينة • فهذا الشرط يتعلق بارادة من اشترط عليه الزواج وبارادة من اشترط الزواج منها •

والشرط فى هذين الفرضين (الاحتمالى والمختلط) ، أمر غير محقق الوقوع ، ولا يثور ادنى شك فى صحته (١) .

اما الشرط الارادي فيتعلق بارادة احد العاقدين ، فيكون امرا يستطيع احد العاقدين ان يحققه او يمنع تحققه ، والشرط الارادى نوعان : شرط ارادي بسيط ، شرط ارادي محض ، فالاول يتعلق بارادة احد طرفى الالتزام مقترنة بعمل معين كالزواج والنجاح فى الامتحان • ويعتبر هذا الشرط صحيحا هو الآخر •

اما الشرط الارادى المحض فهو المتوقف على محض ارادة الشخص وعلى مجرد مشيئته • وهذا الشرط اما ان يتعلق بمحض ارادة الدائن ، او بمحض ارادة مجرد مشيئته • وهذا الشرط اما ان يتعلق بمحض ارادة الدائن ، او بمحض ارادة المدين • فاذا تعلق بمحض ارادة الدائن كان صحيحا وقام الالتزام معلقا ، سواء اكان شرطا واقفا ام كان شرطا فاسخا • كالتزام المشترى الذى يحتفظ بحق الرجوع فى البيع خلال مدة معينة •

اما اذا تعلق الشرط بمحض ارادة المدين ، فانه يقع صحيحا اذا كان شرطا فاسخا ، كالتزام صاحب العمل فى عقد العمل تحت الاختبار ، ويقع باطلا اذا كان شرطا واقفا ، كأن يلتزم المدين بالاقراض اذا شاء •

الخلاصة ان مايقع باطلا هو الشرط الواقف المتعلق على محض ارادة المدين ، اما باقى انواع الشروط فتعتبر صحيحة •

---

(١) Carbonnier P. 458

الآثار التى تترتب على الشرط :

١ - آثار الشرط فى مرحلة التعليق :

- بالنسبة للشرط الواقف : فان الالتزام المعلق على شرط واقف يكون موجودا ولكنه غير كامل ، فليس للدائن حق مؤكـد بل محتمل الوجود • فللدائن ان ينقل هذا الحق وان يتخذ الاجراءات التحفظية عليه ولكنه لا يستطيع القيام بالاعمال التنفيذية •

- بالنسبة للشرط الفاسخ ، فان الالتزام المعلق على شرط فاسخ يكون موجودا ونافذا ولكنه مهدد بخطر الزوال (١) •

٢ - آثار الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق :

- بالنسبة للشرط الواقف : اذا كان الالتـزام معلقا على شرط واقف وتحقق الشرط ، فان حق الدائن الذى كان حقا محتملا اثنـاء فترة التعليق ، يصبح حقا مؤكدا مستحق الاداء ، فيكون للدائن مباشرة الاجراءات التنفيذية •

ويعتبـر حق الدائن مؤكدا لا من وقت تحقق الشرط فحسـب بل من وقت حصول الاتفاق • أى يكون لتحقيق الشرط اثرا رجعيا •

اما اذا تخلف الشرط الواقف فان الالتزام لا يقوم ، ويعتبـر حق الدائن الذى كان محتملا كأن لم يكن ويترتب على ذلك زوال كـل ما قام به الدائن من اجراءات تحفظية وتصرفات (٢) •

- بالنسبة للشرط الفاسخ : اذا كان الالتـزام معلقا على شرط فاسخ ، وتحقق الشرط فان الالتزام يعتبر كأن لم يكن منذ البـداية ، أى يزول باثـر رجعى ، ويزول كـل ما باشره الدائن من اجـراءات وتصرفات •

---

(١) نقض ٢٩ فبراير ١٩٧٢ س ٢٣ ص ٢٦١ ، حيـث لا يسرى تقادم الالتزام المعلق على شرط واقف الا من وقت تحققه •

(٢) Alex weill P. 1046

اما اذا تخلف الشرط ، فان الالتزام يستقر نهائيا بعد ان كان مهددا بالزوال ، وتصبح التصرفات التى اجراها الدائن فى فترة التعليق باتة ونهائية ٠

المبحث الثانى

الاجـل

Terme

تعريف الاجل ، انـواعه :

الاجل امر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على حلوله نفاذ الالتزام او انقضاؤه ٠ كما لو تعهد شخص لآخر بان يقرضه مبلغ من المال فى خلال سنة ٠

فالاجل اذن كالشرط هو امر مستقبل ، غالبا ما يكون تاريخا معينا يرتبط به نفاذ الالتزام كما فى المثال السابق او انقضائه كالتزام المقترض بان يرد مبلغ القرض فى تاريخ معين ٠

ولكن الاجل يتميز عن الشرط بانه أمر محقق الوقوع ، ولذلك كان الحق المؤجل حقا موجودا كاملا وان كان مؤجل النفاذ (١) ٠

وينقسم الاجل ، من حيث اثره ، الى اجل واقف يترتب على حلوله ونفاذ الالتزام أى ان يصبح الالتزام واجب النفاذ مستحق الاداء ، كالتزام المقترض برد الالتزام ٠ واجل فاسخ يترتب على حلوله انقضاء الالتزام وانتهاء تنفيذه ، ومثاله عقد التوريد لمدة سنة ، حيث يترتب على مرور السنة انتهاء التزام المورد بالتوريد ٠

ومن حيث المصدر ينقسم الاجل الى اجل تفاقى واجل قضائى واجل قانونى ٠ فالاجل الاتفاقى ينشأ من الاتفاق بين المتعاقدين ، وقد يكون الاتفاق صريحا ، وقد يكون ضمنيا ٠ اما الاجل القضائى فيحده القضاء ويسمى نظرة الميسرة حيث يمنح القاضى المدين حسن

---

(١) Alex weill , P. 960

السنية اجلا للوفاء بدينه • واخيرا فان الاجل القانونى هو ما يتكفل القانون بتحديده ، كالوصية التى لا تنفذ الا بموت الموصى •

آثار الاجل :

— بالنسبة للاجل الواقف ، يكون حق الدائن مؤكد الوجود ولكنه غير نافذ لانه غير مستحق الاداء (١) ، ومن ثم يكون للدائن ان يتصرف فيه وينتقل الى ورثته من بعده ، وله ان يتخذ الاعمال التحفظية اللازمة للمحافظة عليه ، ولكنه لا يستطيع ان يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه قبل حلول الاجل •

فاذا حل الاجل ، اصبح الالتزام نافذا ، ويصير حق الدائن مستحق الاداء •

— اما فى الاجل الفاسخ ، فان الالتزام يكون موجودا ونافذا ويكون للدائن حق مؤكد الوجود ومستحق الاداء ، يستطيع التصرف فيه والتنفيذ عليه ، ولكن هذا الحق مؤقت ومحقق الانقضاء بحلول الاجل •

فالالتزام المضاف الى اجل فاسخ ينقضى بانقضاء الاجل ، فاذا حل الاجل زال الالتزام •

ويختلف اثر اجل عن اثر الشرط اختلافا جوهريا ، فقد جعل القانون لتحقق الشرط اثرا رجعيا ، اما الاجل سواء كان واقفا ام فاسخا ، لا ينتج أثرا الا من وقت حلوله ولا يكون له أثر رجعى بأى حال •

انقضاء الاجل :

ينقضى الاجل ، عادة ، بحلوله ، ولكنه قد ينتهى قبل ميعاده اما بسقوطه بحكم القانون او بالتنازل عنه من قبل المدين •

---

(١) نقض ٢٧ سبتمبر ١٩٦٨ س ١٩ ص ٣٧٦ •

يحل الاجل بانقضاء المدة المعينة له ، فاذا كان الدين مستحق الاداء فى تاريخ معين ، انقضى اجله بحلول هذا التاريخ ٠

وقد ينتهى الاجل بالنزول عنه ممن تقرر لمصلحته ، فيمكن للمقترض ان يرد مبلغ القرض قبل حلول الاجل المتفق عليه (١) ٠

وقد يسقط الاجل فى حالات معينة نص عليها القانون مثل افلاس المدين او اعساره ، اذا اضعف المدين التأمين الذى اعطاه للدائن حتى يفى بدينه ، كأن يهدم بعض طوابق المنزل المرهون ضمانا للدين ٠ ويسقط الاجل كذلك اذا لم يقوم المدين للدائن ما وعد به من تأمينات لضمان الدين ٠

---

(١) Carbonnier P. 201

الفصـــل الثـــانى

تعـــدد محل الالتــــزام

يكون الالتزام بسيطا اذا اشتمل موضوعه على شيىء واحـــد او على عدة اشياء تجب معا ، بحيث لا تبرأ ذمة المدين الا بادائها كلها ٠

اما اذا اشتمل محل الالتزام على عدة اشياء وتبرأ ذمة المدين اذا ادى واحدا منها فاننا نكون بصدد التزام تخييرى ٠

وقد يكون محل الالتزام شيئا واحدا فقط ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا من هذا الشيىء شيئا آخـــر ٠ فهنا يقال ان الالتـــــزام بدلى ٠

الالتزام التخييرى : Obligation facultative

هو الالتزام الذى يشتمل موضوعه على جملة اشياء ، ولكن تبرأ ذمة المدين منها اذا قام باداء واحد منها فقط ٠ كالتزام الشريك بـــان يقدم للشركة حصة نقدية او عينية عملا ٠

فيجب اذن لقيام وصـــف التخيير ، ان يتعدد محل الالتـــزام وان يتوافر فى كل منها جميع الشروط التى يستلزمها القانون فى المحل ، وان يكون احد هذه المحال وحده واجبا الوفاء ٠

والاصل ان يكون الخيار للمدين ، أى هو الذى يختار المحل الذى تبرأ ذمته بالوفاء به ، ولكن قد ينص القانون او يتفق المتعـــاقدان على ان يكون الخيار للدائن او لشخص آخـــر (١) ٠

الالتزام البدلى : Obligation alternative

هو الالتزام الذى يقع محله على شيىء واحد فقط ، ولكن المـدين يستطيع ابراء ذمته اذا ادى شيئا آخر بدلا من المحل الاصلى ٠

والخيار هنا لا يكون الا للمدين فقط ، فالـدائن لا يستطيع ان يطالب الا بالشيىء الاصلى فقط ٠

---

(١) سليمان مرقص ص ٣٦٧ ٠

الفصـــل الثالث

تعدد طرفى الالتزام

الاصل فى الالتزام ان يكون بسـيطا ، فيه دائن واحـد ومدين واحد ، والكن قد يتعدد الاطراف • فاذا تعدد الدائنـون او المدينـــون ولكن دون تضامن بينهم ، كان الالتـــزام مشتركا ، اما ان كـــان هناك تضامن كان الالتزام تضامنيا • ويكون التضامن ايجـــابيا اذا قام التضامن بين الدائنين ، ويكون سلبيا اذا قام بين المدينين •

واخيرا قد يتعدد الطرفان او احدهما دون تضامن ولكن يكـــون الالتزام غير قابل للانقسام او التجزئة •

ونتناول تلك الفروض فى المباحث التالية :

المبحث الاول

الالتزام المشترك

اذا تعدد الدائنون او المدينون فى الدين الواحـد ، دون تضامن ، فان الدين ينقسم بينهم ، أى ان تتعدد الالتزامات بقدر عددهم •

ويكون التعدد مصدر القانون او الاتفـــاق • فاذا توفى الـدائن انتقل حقه الى ورثته ،ويصبح للمدين دائنون متعددون هم الورثة بدلا من دائن واحد • واذا اشترى عدة اشخاص عقارا معينا اصبحوا مدينين بالثمن •

والقاعدة ان يكون لكل واحد من الدائنين نصيبه من الدين كأنه دين مستقل بذاته • وكذلك فى حالة تعدد المدينين بالنسبة الى نصيب كل منهم • فلا يتأثر احد الدائنين او المدينين بموقف باقى الشركاء •

فاذا اشـترى عدة اشـخاص عقارا على الشـيوع فان كـل منهم لا يلتزم الا بحصته فى العقار أى لا يدفع من الثمن الا ما يقابل نصيبه • واذا باعوا هذا العقار فلا يكون لاى منهم ان يطالب المشترى الا بقـــدر نصيبه فى الثمن •

المبحث الثـانى

التضامن الايجابى

(التضامن بين الدائنين)

نكون بصدد تضـامن بين الدائنين اذا كان لكـل منهم الحق فى اقتضاء الدين كله من المدين ، ويحق للمدين ان يوفى كل الدين لاى منهم ، على ان يرد الدائن الذى يسـتوفى الدين كله لكل واحـد من الدائنين الاخرين نصيبه .

والتضامن بين الدائنين لا يكون الا بناء على اتفاق بينهم . ويجب ان يكون هذا الاتفاق واضحا وغير قابل للشـك ، ولا يمكن افتراضه .

ويترتب على التضامن الايجابى :

- ان المدين يستطيع الوفـاء بالدين لاى دائن ، فتبرأ ذمتـه قبل جميع الدائنين .

- يجوز لاى دائن ان يطالب المدين بكل الدين .

- يفتـرض قيام نيابة تبادليـة بين الدائنين فيمـا ينفع دون ما يضر . فالاعمال التى يقوم بها احد الدائنين ويكون من شأنها افـادة سائر الدائنين تسرى عليهم . ولكن لا يجوز لاحدهم ان يأتى عملا من شأنه الاضرار بالآخرين . فالصلح الذى يبرمه احد الدائنين مع المدين ليتنازل عن حقه لا يسرى فى مواجهة بقيتهم .

- كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتقاسمونه بينهم كل بقدر نصيبه . وتعين حصـة كل دائن وفقا للاتفـاق ، فان لم يوجد اتفاق صريح او ضمنى تكون القسمة بينهم بالتساوى .

المبحث الثالث

التضامن السلبى

(التضامن بين المدينين)

Solidarité passive

يقوم التضامن السلبى فى العلاقة بين المدينين ، ويكون كل مدين منهم مسئولا عن كل الدين ، بحيث يستطيع الدائن ان يطالب أى مدين منهم بالوفاء بكل الدين . ويجوز لاى منهم ان يفى الدين كله فيبرىء نفسه وسائر المدينين معه ، على ان يرجع على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين (١) .

والتضامن لا يفترض . بل يجب ان يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . ومن امثلة ذلك تضامن المسئولين عن عمل ضار فى التزامهم بالتعويض عن الضرر (م ١٦٩) . والتضامن بين الشركاء فى شركة التضامن (م ٢٢ تجارى) . التضامن بين ساحب الكمبيالة ومن يقبلها ومن يظهرها (م ١٣٧ تجارى) .

وللتضامن بين المدينين اهمية بالغة فى الحياة العملية وبصفة خاصة فى المسائل التجارية ، فالقاعدة انه مفترض فى تلك المسائل ما لم يتفق على استبعاده . وتبدو اهمية التضامن السلبى بالنظر الى الائتمان الذى يوفره للدائن ، اذ يضمن الحصول على حقه كاملا من أى مدين ويتفادى بذلك خطر اعسار او افلاس احد المدينين (٢) .

ولدراسة احكام التضامن السلبى نعرض اولا لعلاقة المدينين المتضامنين بالدائن ، ثم لعلاقة المدينين فيما بينهم .

علاقة المدينين المتضامنين بالدائن :

تحكم هذه العلاقة ثلاثة مبادىء : وحدة الدين ، تعدد الروابط ، النيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر .

---

(١) البدراوى ص ٢٧٢ .

(٢) Alex weill P. 976

١ — فوحدة الدين تعنى ان هناك موضوعا واحدا لالتزام المدينين المتضامنين ، وان كلا منهم يلتزم بالدين كله • ويجوز للدائن ان يطالب المدينين مجتمعين • فاذا تم الوفاء من احدهم برئت ذمة الباقين •

ويستطيع كل مدين ان يتمسك باوجه الدفاع المشتركة بينهم (١)، اذا طالبه الدائن بالوفاء ، كبطلان الالتزام او كونه معلقا على شرط او مضاف الى اجل ، وكذلك فى حالة ما اذا كان الدين قد انقضى فى جملته لاى سبب من الاسباب كالوفاء والتجديد والتقادم •

٢ — ولكن وحدة الدين لا تنفى تعدد الروابط فى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ، حيث توجد روابط متعددة تربط الدائن بكل مدين • ويتجلى ذلك فى الاحوال التى يختلف فيها مركز احد المدينين عن بقيتهم •

فقد تكون رابطة احد المدينين معيبة بعيب خاص كنقص اهليته او غلطه ، وقد تكون موصوفة بوصف يعدل من اثر الالتزام كأجل او شرطه • ونظرا لان العيب او الوصف خاص برابطة احد المدينين ، فان الدفع الخاص بذلك لا يكون الا له وحده • فله طلب ابطال العقد بالنسبة اليه لنقص اهليته ولا يجوز ذلك للمدينين الآخرين •

وقد ينقضى الدين بالنسبة لاحد المدينين دون الآخرين ، فنظل رابطة غيره من المدينين قائمة ولا يجوز لهم ان يتمسكوا بسبب الانقضاء الا بقدر حصة زميلهم • ومن اسباب الانقضاء الخاصة باحد المدينين : المقاصة ، اتحاد الذمة ، الابراء ، التقادم (٢) •

٣ — ينوب المدينون المتضامنون بعضهم عن بعض فى علاقتهم بالدائن ، ولكن هذه النيابة مقصورة على ما ينفع لا فيما يضر • ومن تطبيقات ذلك (٣) :

---

(١) نقض ٢٢ ابريل ١٩٧١ س ٢٢ ص ٥٤٩ •

(٢) انظر ما يلى ص ٤٦٩ وما بعدها •

(٣) انظر فى ذلك المواد : ٢٩٣ / ٢ ، ١٩٢ / ١ ، ٢٩٦ ، ٢٩٥ / ٢ •

— يستطيع كل مدين ان يفى بالدين كله او ان يقيم الدليل على عدم وجوده ·

— اذا وجه احد المدينين المتضامنين الى الدائن اعذارا فان اثر هذا الاعذار يفيد باقى المدينين ، اما اذا كان الدائن قد قام باعذار احد المدينين او قاضاه ، فان اثر الاعذار او المطالبة القضائية لا يمتد الى باقى الدائنين ·

— الاقرار الصادر من احد المدينين بالدين ، وهو لا شك أمر ضار بالمدينين ، لا يسرى فى حق الباقين ، ويقتصر اثره على المدين المقر وحده ·

— ليس للحكم الصادر على احد المدينين حجية على الآخرين ، اما اذا صدر الحكم لصالح المدين فيستفيد منه الآخرون ·

علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم :

يكون للمدين المتضامن اذا وفى كل الدين ان يرجع على بقية المدينين المتضامين ، فله ان يطالب الآخرين كلا بحصته · وتعين حصة كل مدين فى الاتفاق الذى انشأ الدين ، فان لم تعين الحصة ، انقسم الدين حصصا متساوية على الجميع ·

فاذا وجد بين المدينين شخص معسر او غير قادر على الدفع ، تحملوا جميعا متضامنين حصته ، وتنقسم حصة المدين المعسر عليهم بنسبة حصة كل منهم فى الالتزام التضامنى ·

المبحث الرابع

عدم قابلية الالتزام للانقسام (١)

(عدم تجزئة الالتزام)

اذا كان محل الالتزام يقبل التجزئة فانه يكون قابلا للانقسام ، والاصل فى الالتزام انه يقبل الانقسام ، فاذا تعدد اطرافه ، فانه يقسم بينهم سواء اكانوا دائنين ام مدينين ·

---

(١) Indivisibilité de la dette

الا انه في بعض الاحوال يكون الالتزام غير قابل للانقسام ، بحيث يجب الوفاء به جملة واحدة (المواد ٣٠٠ - ٣٠٢) .

اسباب عدم القابلية للانقسام :

يكون التزام غير قابل للانقسام اما بسبب طبيعة محله ، واما باتفاق الطرفين على ذلك صراحة او ضمنا .

١ - يكون الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعته اذا كان محله شيء او عمل غير قابل لتجزئة مادية او معنوية ، كالالتزام بتسليم الحيوان المبيع الى المشترى ، والالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .

٢ - وقد يتفق الاطراف على ان يكون الالتزام غير قابل للتجزئة رغم انه بطبيعته يقبل الانقسام . وقد يكون هذا الاتفاق صريحا او ضمنيا . كمن يشترى ارضا ليقيم عليها بناء لا تمكن اقامته على مساحة اقل ، ومتى كان البائع عالما بغرض المشترى يقوم اتفاقهما ضمنا على عدم تجزئة الالتزام بنقل ملكية هذه الارض (١) .

آثار عدم القابلية للانقسام :

لا تظهر اهمية التمييز بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل للانقسام الا حيث يتعدد المدينون او الدائنون ، اما حيث لا يتعدد الدائن ولا المدين ، فيتعين الوفاء بالالتزام كاملا دون تبعيض ، منقسما كان او غير قابل للانقسام ، ولا يجبر الدائن على قبول الوفاء مجزئا (٢) .

- اذا تعدد المدينون بالتزام غير قابل للانقسام ، يكون كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا . ويجوز للدائن ان يطالب ايا منهم بالدين كله ، وله ان يطالبهم جميعا . ويكون لمن يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر المدينين . ويكون الرجوع على كل بقدر حصته (م ٣٠٦/٢) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣٠ ص ١٠١ .
(٢) نفس الموضع .

_ وفى حالة تعدد الدائنين بالتزام غير القابل للتجزئة ، يجوز لكل دائن ان يطالب باداء الالتزام كاملا • ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام كل بقدر حصته •

والاصل ان الحصص متساوية الا اذا حدد الاتفاق نسبة أخرى لكل منهم • واذا اعسر احدهم تحمل الباقون نصيبه كل بقدر حصته ، كما هو الحال فى احكام التضامن •

الباب الثالث

انتقال الالتزام

Transmission des obligations

يقصد بانتقال الالتزام تغير احد اطرافه مع بقاء الالتزام فى ذاته فى قوامه وفى خصائصه ، فاذا حل شخص جديد محل الدائن ، كان الانتقال ايجابيا وسمى بحوالة الحق ، اما اذا حل الشخص محل المدين ، كان الانتقال سلبيا وسمى بحوالة الدين ٠

الفصـــل الاول

حوالة الحـق

Cession de Créance

ينتقل الحق عن طريق الاتفاق الذى يتم بين الدائن وشخص اخر ليصبح هذا اليه • أى ان المحيل ينقل الى المحال اليه ماله من حق قبل المدين (١) •

وتكون حوالة الحق فى الغالب بمقابل (ثمن نقدى او قضاء دين للمحال اليه على المحيل) • وقد تتم الحوالة دون مقابل • ففى الحـالة الاولى تكون الحوالة بيعا وتطبق احكـام البيع ، وتكون فى الحـالة الثانية هبة وتأخذ حكم التبرعات •

ولدراسة حوالة الحق يجب ان نعرض اولا لشروطها ثم لآثارها •

شروط حوالة الحق :

اولا : شروط انعقاد الحوالة :

تتم الحوالة بالاتفـاق بين المحيل والمحال اليه ، لذلـك تعين ان تتوافر فيها جميع اركان العقـد وشروط صحته : التراضى ، كمـال الاهلية ، خلو الرضا من العيوب ، وان يكون للحوالة سبب مشروع •

اما محل الحوالة فهو الحق المحال ، والاصل ان جميع الحقـوق المالية تجوز حوالتها ،أيا كانت طبائعها واوصافها : مدنية او تجارية ، موصوفة (مؤجلة او معلقة) او بسيطة •

على ان هناك حالات ثلاث لا تجـوز فيها حوالة الحـق ، اذ تنص المادة ٣٠٣ على انه « يجوز للدائن ان يحول حقه الى شخص اخر الا اذا حال دون ذلك نص القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام •

---

(١) G Goubeaux P. 978

١ ــ فقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق ، كما هو الحال فى الحقوق غير القابلة للحجز ، كدين النفقة اذ لا تجوز حوالته • ولا يجوز للمستعير ان ينزل دون اذن المعير عن استعمال العارية الى غيره ولو على سبيل التبرع •

٢ ــ وقد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحوالة ، كما لو اشترط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الايجار للغير •

٣ ــ وقد تتنافى طبيعة الحق مع جواز حوالته وذلك نظرا لاتصاله بشخص المدين أو يكون فيها لشخص الدائن اعتبار خاص ، كحق الشريك فى شركات الاشخاص •

ثانيا : ــ شروط نفاذ الحوالة :

تتم حوالة الحق بمجرد الاتفاق بين المحيل والمحال اليه ، دون حاجة الى رضا المدين المحال عليه وذلك على اساس ان المدين يستوى لديه استبدال دائن بدائن اخر (١) •

الا ان انعقاد الحوالة لا يعنى نفاذها ، فالمادة ٣٠٥ تنص على أنه « لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين او قبل الغير الا اذا قبلها المدين او اعلن بها ، على ان نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ » •

لا تنفذ الحوالة اذن فى مواجهة المدين الا باحاطته علما بتمامها حتى لا يقوم بالوفاء للدائن المحيل ، بل يوفى للمحال له • ويعلم المدين بالحوالة اذا اعلن بها او بقبوله لها • ويكون الاعلان بورقة رسمية من اوراق المحضرين • وقبول المدين للحوالة قد يكون صريحا او ضمنيا •

الا انه يشترط لنفاذ الحوالة قبل الغير أى للاحتجاج بها عليه ان يكون المدين قد اعلن بها او قبلها ولكن يشترط فى هذا الاعلان

---

(١) Starck P. 698 — Alex weill P. 995

او القبول ان يكون ثابت التاريخ . والغير هم الاشخاص الذين لهم حق خاص يتعلق بالحق المحال ويتعارض مع الحوالة .

حوالة الحقوق الثابتة فى السندات الاذنية :

نظرا لما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة فان القانون التجارى قد اجاز حوالة الحقوق الثابتة فى الاوراق التجارية كالكمبيالة والشيك والسند الاذنى بمجرد التظهير ، وذلك بان يضع صاحب السند توقيعه على ظهره . وفى حالة السند لحامله فينتقل بمجرد تسليمه من شخص الى اخر . ويكون الانتقال نافذا فى مواجهة الكافة دون حاجة الى قبول المدين او اعلانه .

اما بالنسبة للاوراق المالية الاسمية (السهم الاسمى او السند الاسمى اى المقيد باسم شخص معين) فان حوالتها لا تنفذ فى حق الغير الا اذا قيدت الحوالة فى سجل خاص يحتفظ به المدين (الشركة) .

آثار حوالة الحق :

يترتب على انعقاد الحوالة انتقال الحق من المحيل الى المحال اليه ، فيصبح هذا الاخير هو الدائن الجديد محل الدائن السابق (المحيل) .

وينتقل الحق بكل صفاته وتوابعه وملحقاته وضماناته ، فهو يحتفظ بطبيعته مدنيا او تجاريا ، وكذلك بصفاته : معلق على شرط او مقترنا باجل ، وايضا بضماناته كاالتأمينات التى تضمن الوفاء به كرهن او كفالة .

ويلتزم المحيل بان يسلم المحال اليه سند الحق المحال وان يقدم له وسائل اثباته وكل ما هو ضرورى لاستيفائه (١) .

---

(١) سليمان مرقص ص ٤١١ ، نقض س ٢٦ ص ٢٥٧ .
اسماعيل غانم ص ٣٦١ ، نقض ١٢ مايو ١٩٧٤ س ٢٥ ص ٨٥٩ .

ويلتزم المحيل كذلك بالضمـان ، فهو يضمن وجود الحق وقـت الحوالة ، ويضمن ايضا افعاله الشخصية • فهو يسأل اذا احال الدين مرة اخرى او استوفاه قبل ان تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين •

ولكن يجب التنبيه الى ان المحيـل لا يكون ضامنا الا اذا كانـت الحوالة بعوض ، اما اذا كانت الحوالة مجانية ، فلا ضمان على المحيـل ، اذ المتبرع غير ضامن الا فيما يتعلق بافعاله الشخصية •

وبمجرد ان تصبح الحوالة نافذة فى حـق المدين (بقبوله لها او باعلانه بها) فانه يصير مدينا للمحـال اليه دون المحيل فيجـوز للاول مطالبته بالدين ويمتنـع عليه هو الوفاء للاخير • ويجـوز للمـدين ان يتمسك قبل الدائن الجديد بجميع الدفوع التى كان يمكنه التمسك بها قبل المحيل (الدائن القديم) •

الفصل الثانى

حوالة الديـن

Cession de dette

حوالة الدين هى الاتفاق الذى يتم بمقتضاه نقل الدين من المدين الاصلى (المحيل) الى شخص اخر يتحمل عنه هذا الدين (المدين الجديد او المحـال عليه) ، هذا مع بقـاء الديـن فى ذاته بجميـع مقومـاته وخصائصه ٠

وتتحقق حوالة الدين اما باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه (المدين الجديد) واما باتفاق بين الدائن والمحال عليه ٠

وحوالة الدين قد تكون بمقابل ، اذ قد يكون المحال عليه مدينـا للمحيل ، فيتحمل عن هذا الاخير دينه قبل دائن المحيل ٠ وقد يقصـد المحال عليه التبرع بتحمل دين المحيل قبل دائن هذا الاخير (١) ٠

واهم تطبيق لحوالة الدين فى الحياة العملية هو الذى يتحقق فى نزول احد العاقدين ، فى عقد ملزم للجانبين ، كمقـاولة او تأمين ، عن هذا العقد الى غيره ، فلا يتيسر النـزول عن التزاماته فيه الا عن طـريق حوالة الدين ٠ وقد تتعلق الالتـزامات بمجموعة من المـال ، كمحـل تجارى ، فلا يتيسر انتقالها ، كذلك الا عن طريق حوالة الدين (٢) ٠

شروط حوالة الدين :

اولا : انعقاد الحوالة باتفاق المدين الاصلى والمحال عليه :

تنعقد الحوالة بالاتفـاق بين المدين الاصلى والمدين الجـديد ٠ وتخضع الحوالة كغيرها من العقود للقواعد العامة فى نظرية العقد ٠ وهى بهذا الوصف يجب ان تتوافر فيها جميع شرائط أى اتفـاق ، من أهلية ورضا ومحل وسبب ٠

---

(١) توفيق فرج ص ١٩٥ ٠
(٢) جمال ذكى ص ١٩٠ ٠

واذا كان انعقاد الحوالة يتم بمجرد الاتفاق السابق ، الا انها لا تكون نافذة فى مواجهة الدائن الا اذا اقرها . فرضاء الدائن ليس شرطا لانعقاد (١) الحوالة ولكنه ضرورى لنفاذها . واشترط اقرار الدائن للحوالة امر طبيعى ذلك ان تغيير المدين امر خطير ، فشخصية المدين هى ذات إعتبار كبير فى الالتزام ، إذ ان قيمة الالتزام تتوقف على شخصية المدين من حيث ملاءته وحرصه على الوفاء بديونه .

فلابد لنفاذ الحوالة اذن فى حق الدائن من اقرارها ، ولا يكفى ان يعلن بها الدائن كما فى حوالة الحق . فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه ، بل ان له الخيار بين اقرار الحوالة او رفضها .

واقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا كأن يطالب المدين الجديد بالدين او ان يمنحه اجلا للوفاء او ان يستوفى الدين منه مباشرة .

ثانيا : ـ انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه :

يجوز ايضا ان تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه ان هذا يحل محل المدين الاصلى فى التزامه . وعلة ذلك انه يجوز لاجنبى ان يفى بالدين دون رضاء المدين (م ٣٢١ ، ٣٢٣) . فاذا اتفق شخص مع الدائن على ان ينقل الدين من المدين الاصلى الى ذمته هو ، فان الدين ينتقل بهذا الاتفاق ، وتبرأ ذمة المدين الاصلى ، رضى بالحوالة او لم يرض ، علم بها او لم يعلم ، لان حوالة الدين تعد امرا لمصلحته (٢) .

ولا يشترط أى شكل خاص لانعقاد الحوالة فى هذه الصورة . اذ يكفى مجرد الاتفاق بين الدائن والمحال عليه (المدين الجديد) وهنا لا يشترك المدين الاصلى فى العقد . فتنعقد الحوالة وتنفذ فى حقه بدون موافقته .

---

(١) نقض ٢٠ يناير ١٩٧٢ ص ٨٨ س ٢٣ .

(٢) السنهورى ص ٥٨١ .

آثار حوالة الدين :

يترتب على الحوالة انتقال الدين من ذمة المدين الاصلى الى المحال عليه (المدين الجديد) ٠ والدين الذى ينتقل هنا هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين بصفاته وضماناته ودفوعه ٠ ويتفرع على ذلك ان الدين اذا كان تجاريا فينتقل بهذا الوصف ، واذا كان معلقا على شرط او مضافا الى اجل ، فينتقل بشرطه أو أجله ، واذا كان منتجا لفوائد فينتقل منتجا للفوائد بنفس الشروط (١) ٠

وتبرأ ذمة المدين الاصلى فى الوقت الذى يلتزم فيه المدين الجديد بالوفاء للدائن بالدين ٠

---

(١) فتحى عبد الرحيم ص ٣١٨ ٠

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

Extinction des obligations

تتعدد الطرق التى ينقضى بها الالتزام ، وقد قسم المشرع هذه الطرق الى اقسام ثلاثة :

الاول : يتضمن انقضاء الالتزام بتنفيذه ، وهذا هو الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام ، حيث يقوم المدين — مختارا — بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا عن طريق الوفاء به ·

الثانى : يتضمن انقضاء الالتزام بما يقوم مقام الوفاء او يعادله ، ويتم هذا عن طريق الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة ·

الثالث : يتضمن انقضاء الالتزام دون وفاء ، أى دون تنفيذه عينا او بمقابل ، أى دون ان يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله ، ويكون ذلك فى الابراء واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط ·

ونقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة نتناول فيها اسباب انقضاء الالتزام ·

الفصل الاول

الوفـاء

Le payement

الوفاء هو قيام المدين بما التزم به ، أى التنفيذ العينى الاختيارى للالتزام ، ويعتبر الوفاء الطريق الطبيعى المرغوب فيه لانقضاء الالتزام . فالبائع يفى بالتزامه بنقله ملكية المبيع ، والمقاول يفى بالتزامه باقـامة البناء الذى تعهد باقامته (١) .

ولدراسة احكام الوفاء يجب ان نعرض لطرفيه ، من يقوم به ومن يتلقاه ، ثم نبين محله قبل ان نتناول ظروفه : زمانه ومكانه واثباته .

المبحث الاول

طرفا الوفاء

Les parties au payement

اولا : الموفى

الوفاء من المدين :

القاعدة ان المدين نفسه هو الذى يقوم بالوفاء بالتزامه ، اذ هو الذى يقع عليه واجب الوفاء ، فهـو صاحب المصلحة فى القيام بوفـاء الدين حتى تبرأ ذمته فى مواجهة الدائن .

ويشترط لصحة الوفاء ان يكون الموفى مالكا للشيىء الذى وفى به وان يكون الموفى اهـلا للتصرف فى الشيىء الذى يوفى به ، أى ان يكون بالغا سن الرشد . ومع ذلك فالوفاء بالشيىء المستحق ممن ليس اهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام اذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى . فاذا لم يترتب على الوفاء ضرر بناقص الاهلية ، كان الوفاء صحيحا ولا يمكن التمسـك ببطـلانه لانعدام المصلحة فى ذلـك حيث يتـرتب عليه انقضاء الدين وبراءة ذمة المدين (م ٢٢٥) .

---

(١) G. Goubeaux P. 1013

الوفاء من شخص غير المدين :

ويمكن ان يقوم شخص من الغير بوفاء الدين محل المدين . وقد تكون لهذا الشخص مصلحة فى الوفاء بدين المدين كما لو كان كفيلا عنه ، وقد يكون الموفى شخص ليس له مصلحة فى الوفاء ولكنه يقوم بذلك كخدمة مؤقتة على ان يرجع على المدين بعد ذلك بمقدار ما اوفى واما لانه يريد التبرع للمدين بقيمة الدين الذى وفاه .

وكقاعدة فان الدائن يقبل الوفاء من غير الدائن ، ولكن له الحق فى ان يرفض هذا الوفاء اذا كان هناك اتفاق على ان يقوم المدين نفسه بتنفيذ الالتزام ، او فى حالة ما اذا استوجبت طبيعة الالتزام نفسه ان يقوم به المدين . ويكون للدائن الخيار بين قبول الوفاء من الغير او رفضه حتى لو اعترض المدين نفسه .

فاذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه (١) .

الوفاء مع الحلول :

يكون لمن وفى بدين غيره الحق فى الحصول على ما اوفى به او ما يقابله ، وله فى سبيل ذلك احد طريقين :

١ ـ الدعوى الشخصية ، حيث يكون للموفى حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ، طالما انه لم يكن متبرعا . ويكون الرجوع بدعوى الفضالة او الوكالة . اما اذا كان الوفاء قد تم رغم اعتراض المدين ، فلا يكون لمن وفى حق الرجوع الا بمقتضى قواعد الاثراء بلا سبب ، أى ان الموفى لا يرجع على المدين الا بقدر ما ابرأ ذمته .

٢ ـ دعوى الحلول ، وقد يكون للموفى كذلك دعوى الحلول التى تعطيه الحق فى ان يحل محل الدائن فى ذات الدين الذى وفاه لا بدين جديد كما فى الدعوى الشخصية . وقد يكون حلول الموفى

---

(١) البدراوى ص ٣٢٢ .

محل الدائن بحكم القانون (الحلول القانونى) او بحكم الاتفاق (الحلول الاتفاقى) (١) ٠

وقد حدد القانون حالات الحلول القانونى على سبيل الحصر ، نذكر منها حالة ما اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه كالمدين المتضامن والكفيل ٠ وكذلك حالة من يدفع كمبيالة بطريق التوسط له ان يحل محل حاملها ٠ وحلول المؤمن بما دفعه من تعويض بسبب الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل المسئول عن الحريق ٠

وقد يتحقق الحلول باتفاق الموفى مع الدائن او مع المدين ٠

ويترتب على الحلول ، سواء اكان قانونيا او اتفاقيا ، نفس الآثار وهى ان يحل الموفى محل الدائن فى ذات الحق الذى كان له ، أى ان الموفى يصبح الدائن الجديد فى نفس الحق ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما له من توابع وتأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ٠

فالموفى يأخذ مكان الدائن الذى استوفى حقه لانه قام بالوفاء ، ولكن حقوقه تتحدد فى نطاق وبقدر هذا الوفاء ٠

ثانيا : الموفى لـه

الموفى له هو الدائن او نائبه :

الاصل ان يكون الوفاء للدائن ٠ ويجب لصحة الوفاء ان تتوافر لدى الدائن اهلية استيفاء الدين ، فاذا كان ناقص الاهلية ، وقع الوفاء قابلا للابطال لمصلحته ، الا ان ذمة المدين تبرأ من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة بسبب هذا الوفاء وذلك تطبيقا لقواعد الاثراء بلا سبب (٢) ٠

واذا كان الدائن ناقص الاهلية او غائبا ، امكن الوفاء لنائبه كالولى او الوصى او الوكيل ٠ وعلى الموفى ان يتحقق من وجود النيابة ،

---

(١) Alex weill P. 957

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٩٣ ٠

وله ان يطلب الى الوكيل ان يقدم ما يثبت صفته . ومع ذلك يعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن الا اذا كان متفقا على ان الوفاء يكون للدائن شخصيا (م ٣٢ ٣) . وذلك كالعادة التى جرت على ان يعطى المالك ايصالات بالاجرة الى بواب عمارته لتحصيلها ، فتثبت بهذا للبواب صفة فى قبض الاجرة من السكان (١) .

الوفاء لغير الدائن

القاعدة ان الوفاء لا يكون الا للدائن او نائبه ، والوفاء لغير الدائن لا يكون صحيحا ولا يبرىء ذمة المدين ، لكن المشرع نص على حالات ثلاث يكون فيها الوفاء لغير الدائن صحيحا على سبيل الاستثناء :

١ ـ اذا اقر الدائن هذا الوفاء ، فاقرار الدائن للوفاء الذى تم لغيره يجعله وفاءا صحيحا . ويترتب على الاقرار ان ينقلب الغير وكيلا ويتعين عليه ان يقدم حسابا للدائن .

٢ ـ اذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء ، كما لو تم الوفاء لدائن الدائن .

٣ ـ اذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته ، اى ان يفى المدين بحسن نية الدين لشخص يظهر بمظهر الدائن .

رفض الدائن الوفاء ، العرض الحقيقى والايداع :

قد يمتنع الدائن عن قبول الوفاء لاى سبب من الاسباب ، فى الوقت الذى يحرص فيه المدين على ان تبرأ ذمته باسرع ما يمكن . لذلك رسم القانون اجراءات معينة للتغلب على عنت المدين الذى لا يقبل الوفاء .

للمدين ان يعذر الدائن فى حالة رفضه قبول الوفاء ، وذلك بان يسجل رفض الدائن فى اعلان رسمى على يد محضر .

---

(١) جمال ذكى ص ٢١٥ .

تأتى بعد ذلك مرحلة العرض الحقيقى ، أى ان يسلم المدين للمحضر الشيىء الواجب عليه فيعرضه المحضر على الدائن •

فاذا رفض الدائن العرض قام المحضر بايداعه خزانة المحكمة(١)• فاذا قبل الدائن العرض او قضت المحكمة بصحة العرض والايداع برئت ذمة المدين من يوم العرض •

المبحث الثانى

كيفية الوفاء

(محل الوفاء ـ ظروفه)

اولا : محل الوفاء

يجب ان يكون الوفاء بالشيىء الذى التزم به المدين ، فمحل الوفاء هو عين ما التزم به المدين ، سواء كان الالتزام باعطاء شيىء او كان التزاما بعمل او امتناع عن عمل • والشيىء المستحق اصلا هو الذى به يكون الوفاء ، ولا يمكن ان يجبر الدائن على قبول شيىء غيره ، ولو كان هذا الشيىء مساويا له فى القيمة او كانت له قيمة اعلى (م • ٣٤١) (٢) •

كما ان على المدين ان يوفى بكل الشيىء المستحق ولا يجوز له تجزئته ، فالقاعدة انه لا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على ان يقبل وفاءا جزئيا لحقه • الا ان الوفاء الجزئى يجوز ـ استثناءا ـ باتفاق الطرفين او بنص القانون (٣) •

---

(١) نقض ٢٦ فبراير ١٩٧٠ س ٢١ ص ٣٤٤ •

(٢) فاذا كان الشيىء المستحق نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء أى اثر (م ١٣٤) •

(٣) كنظرة الميسرة ، حيث اجاز القانون للقاضى ان يقسط الدين على المدين (م ٣٤٦) •

ثانيا : ظروف الوفاء
(زمان ومكان واثبات الوفاء)

زمان الوفاء

القاعدة انه يجب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ، أى بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، الا انه قد يوجد اتفاق او نص قانونى يقضى بغير ذلك. فقد يتفق الطرفان على اجل واقف ، فلا يكون الوفاء واجبا الا اذا انقضى الاجل .

ويجوز للقاضى ، فى حالات استثنائية ، ان يمنح المدين اجلا او مهلة ينفذ فيها التزامه . وهذه هى نظرة الميسرة (١) التى يتمتع فيها القاضى بسلطة تقديرية . ولكن يجب توافر شروط اربعة حتى يستطيع القاضى منح مهلة الوفاء :

١ - الا يوجد نص فى القانون يمنع منح هذه المهلة ، كما هو الحال فى المعاملات التجارية حيث ينص القانون التجارى (م ١٥٦) على انه لا يجوز للقضاة ان يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة .

٢ - يجب ان تكون حالة المدين تستدعى ذلك كأن يكون حسن النية او سيىء الحظ ، وان يكون فى عسرة مؤقتة ينتظر زوالها .

- واذا تعددت الديون الحالة ، ولم يحدد الاتفاق او نص القانون او المدين اى دين هو المدفوع ، وتساوت هذه الديون فى الكلفة ، فقد جعل القانون تعيين الدين المدفوع للدائن (م ٢٤٥) .

- اذا كان المدين ملزما بان يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما اداه لا يفى بالدين .

مع هذه الملحقات ، خصم ما ادى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من اصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره (م ٣٤٣) .

- القاعدة ان نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك ، كنفقات تحرير العقد الرسمى ، ونفقات الوزن والكيل (٣٤٨) .

(١) انظر تطبيقات خاصة لها فى المواد ٩٢٧ ، ٩٨٢ ، ١٠١٠ من القانون المدنى .

٣ ـ الا يلحق الدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم ، كما لو كان الدائن يعتمد على استيفاء حقه للوفاء بديون عليه حتى يتلافى شهر اعساره ٠

٤ ـ يجب ان يكون الاجل الممنوح للسداد معقولا ٠

مكان الوفاء :

اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك ٠

اما فى الالتزامات الاخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، او فى المكان الذى يوجد فيه مركز اعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال (م ٤٢٧ / ٢) ٠ فالدائن يسعى الى المدين فى موطنه وقت الوفاء ٠

نفقات الوفاء :

تنص المادة ٣٤٨ على ان نفقات الوفاء تكون على المدين ، الا اذا وجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك ٠ ومن امثلة هذه النفقات : مصاريف شحن البضاعة الى مكان التسليم ، ونفقات الارسال ، ونفقات شهر العقد ٠

اثبات الوفاء :

تقضى القواعد العامة فى الاثبات ان على الدائن اثبات الالتزام ، وعلى المدين اثبات التخلص منه (١) ٠

---

(١) وقد هيأ المشرع للموفى السبيل الى الحصول على الدليل المثبت للوفاء ٠ فنصت المادة ٣٤٩ على أنه لمن قام بوفاء جزء من الدين ان يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، فاذا وفى الدين كله كان له ان يطلب رد سند الدين او الغاءه فان كان السند قد ضاع كان له ان يطلب من الدائن ان يقر كتابة بضياع السند ، فاذا أبى عليه الدائن ذلك ، جاز للمدين ان يودع الشيىء المستحق ايداعا قضائيا فيحصل بذلك على الدليل المطلوب ٠

الفصل الثـانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

اسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء هى الوفـاء بمقابل ، التجديد ، المقاصة ، اتحاد الذمة · ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا ·

المبحث الاول

الوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل ، او الاعتياض ، هو قبول الدائن مقابلا يستعيض به عن المستحق له اصلا · وفى هذه الحالة يقـوم المدين فى سـبيل الوفاء بما هو ملتزم به قبل الدائن ـ باعطاء الدائن شيئا آخـر غير الذى كان ملتزما بادائه · فقد يكون ملتزما باداء مبلغ من النقـود ، وتبرأ ذمته بتقديم بضائع او سلع او بنقـل ملكية عقار الى الـدائن · وقد يكون ملتزما بنقل ملكية عقار أو منقول ، ويقدم بدلا من ذلك عقارا آخر ونقودا (١) ·

ويجب لتحقق الوفاء بمقـابل ان يتوافر شرطين : الاول ـ ان يوجد اتفاق يقبل فيه الدائن ان يستعاض عن الوفاء بمحل الالتـزام الاصلى الوفاء بنقل ملكية شيىء آخـر الى الدائن أى ان يقوم المدين بتقديم مقابل لما كان عليه من التزام ·

الثانى : ان يكون ما قدمه المدين شيئا آخر غير المستحق اصلا ، ويجب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا الى الدائن ·

وقد نصت المـادة ٣٥٠ على الوفاء بمقـابل بقولها « اذا قبـل الدائن ، فى استيفاء حقه ، مقابلا استعاض به عن الشيىء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » ·

والوفاء بمقابل عملية قانونية مختلطة تجمع بين البيع والوفاء ، تنطوى على نقل الملك بمقـابل ، وتنطبق عليه احكام البيع من هـذا

---

(١) توفيق فرج ص ٢١٩ ، جلال العدوى ص ٢٩١ ·

الوجه ، وهى تستتبع انقضاء الالتزام من ناحية اخرى وتسرى عليه احكام الوفاء من هذا الوجه (١) ٠

المبحث الثـانى

التجديد والانابة فى الوفاء

التجـديد : Novation

التجديد هو احلال دين جديد محل الدين القديم ، وهذا الدين الجديد يختلف عن القديم اما فى محله او فى مصـــدره او فى احـــد طرفيه ، فهو اتفاق على انقضاء التـزام قديم ، وانشاء التزام جـديد يحل محله ويختلف عنه في عنصر من عناصره ، قد يكون الدين او احد طرفيه (الدائن او المدين) (٢) ٠

ويشترط لوقوع التجديد شروط ثلاثة :

١ ـ ضرورة وجود التزام سابق يحل محله التزام جديد ، وان يكون كل من الالتزامين صحيحا ، فاذا كان ايهما قد انقضى لاى سبب او كان باطلا ، لا يصح التجديد ٠

٢ ـ اختلاف الالتـزام الجديد عن الالتـزام القديم فى احـد عناصره الجوهرية ٠ والتجديد قد يكون بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالالتزام الاصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله او فى مصدره ٠ كأن يلتزم المدين باداء مبلغ من النقود بدلا من كمية من الحبوب او العكس (٣) ٠ وقد يكـون التجديد بتغيـير احـد طرفى الالتزام الدائن او المدين ٠

---

(١) فتحى عبد الرحيم ص ٣٧٠ ٠

(٢) G. Goubeaux P. 1042

(٣) ويشبه التجـديد هنا الوفاء بمقـابل ، حيـث يستبدل فى الحالتين محل الالتزام بمحل جديد ، ولكن الفارق الجوهرى يبدو فى ان الالتزام الجديد يظل قائما فى ذمة المدين فى التجديد ، اما فى الوفـــاء بمقابل فان الوفاء ينفذ فورا ٠

٣ ـ ضرورة توافر قصد او نية التجديد ، اذ يتعين انصراف قصد المتعاقدين الى تجديد الدين ، أى ان يستبدلا بالالتزام الاصلى التزاما جديدا يحل محله ، اذ ان التجديد لايفترض ، بل يجب ان يتفق عليه صراحة ، او ان يستخلص بوضوح من الظروف (م ٣٥٤/١) (١) ٠

وويترتب على التجديد ان ينقضى الالتزام الاصلى بتوابعه ، وان ينشأ مكانه التزام جديد ٠ فالتأمينات العينية والشخصية (٢) التى كانت تضمن الوفاء بالالتزام القديم لا تنتقل الى الالتزام الجديد الا بنص فى القانون او الا اذا تبين من الاتفاق او من الظروف ان نية المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك (م ٣٥٥) ٠

الانابة فى الوفاء : La délegation

تعنى الانابة ان المدين قد اناب عنه شخصا آخر يتعهد للدائن بالوفاء بدين جديد بدلا من الدين الذى كان فى ذمته ٠ فهى تتم اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص اجنبى يقوم بوفاء الدين مكان المدين ٠ فهى عمل قانونى يقتضى وجود ثلاثة اشخاص : المنيب (المدين) ، المناب (الشخص الاجنبى الذى سيفى بالدين) ، المناب لديه (الدائن) ٠

وغالبا ما تكون بين المنيب والمناب علاقة مديونية سابقة ، فيها المنيب دائن والمناب مدين ، وهذا ما يفسر رضاء المناب بان يتعهد بالوفاء للمناب لديه ٠ كما لو اناب البائع المشترى فى ان يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع ٠

---

(١) نقض ١٠ ابريل ١٩٧٣ س ٢٠ ص ٢٤ ٠

(٢) ويجب ليكون نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير ان يتم مع التجديد فى وقت واحد مع مراعاة الاحكام الخاصة بالتسجيل (م ٣٥٧) ــ ولا ينتقل الى الالتزام الجديد الكفالة ـ عينية كانت او شخصية ، ولا التضامن ، الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (م ٣٥٨) اى لابد من رضاء الغير ٠

وقد لا يكون المناب مدينا للمنيب ولكنه يقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب او يقصد اقراضه تلك القيمة على ان يطالبه بها بعد ذلك .

والانابة تكون كاملة عندما ينيب المدين عنه شخصا آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذى كان فى ذمته ، فالانابة الكاملة تؤدى الى انقضاء الدين القديم لينشأ مكانه دين جديد . وهذا تجديد بتغيير المدين .

اما الانابة القاصرة ، فهى لا تتضمن تجديدا ، بل يبقى الدين فى ذمة المدين الاصلى ، وينضم اليه المدين الجديد ليكون مدينا ، لذات الدائن ، بدين آخر . فمناط التفرقة بين نوعى الانابة يكمن فى تضمنها تجديدا بتغيير المدين او عدم تضمنها له ، اذا تضمنت تجديدا بتغيير المدين كانت انابة كاملة ، وان لم تتضمن تجديدا بتغيير المدين كانت انابة قاصرة (١) .

ولما كان التجديد لا يفترض ، وجب ان يكون هناك اتفاقا صريحا على تغيير المدين أى براءة ذمة المنيب وحلول المناب محله تجاه الدائن . وهذا شرط ضرورى حتى نكون بصدد انابة كاملة .

اما اذا لم يوجد اتفاق صريح على تجديد الدين بحلول المناب محل المدين الاصلى ، بقى المنيب مدينا الى جانب المناب ، وهذه هى الانابة الناقصة التى تكون بمثابة تأمين شخصى ، اذ يصبح للدائن مدينان : المدين الاصلى (المنيب) والمدين الجديد (المناب) ، ويمكنه ان يطالب ايا منهما باداء دينه .

ويشترط القانون لصحة الانابة ان يكون الالتزام الاصلى صحيحا ، كما هو الامر فى التجديد ، ويجب كذلك ان يكون المناب موسرا ، اذ لا يتصور ان يقبل الدائن حلول المناب محل المنيب الا اذا كان هذا المناب مليئا .

---

(١) جمال ذكى ٢٣٨ .

سواء أكانت الانابة كاملة ام ناقصة ، فان التزام المناب بالوفاء بالدين للمناب لديه مكان المنيب يكون مجردا عن سببه أى عن العلاقة التى تربط المناب بالمنيب ٠ اذ يظل التزامه قبل المناب لديه صحيحا ولو كان الالتزام قبل المنيب باطلا (١) ٠ وقد اراد المشرع بذلك تحقيق استقرار المعاملات وسرعتها وبصفة خاصة فى المعاملات التجارية ٠

المبحث الثالث

المقاصة

La compensation

تعتبر المقاصة سببا من اسباب انقضاء الالتزامات وبصفة خاصة فى المعاملات التجارية والحسابات الجارية ٠ فهى تفترض ان المدين قد صار دائنا لدائنه ، حيث تجتمع فى كل من طرفى الالتزام صفة الدائن والمدين ، فينقضى الدينان بقدر الاقل منهما ٠ فاذا اقترض شخص ألف جنيه ، ثم باع الى المقرض شيئا بمبلغ خمسمائة جنيه ، انقضى الدينان بالمقاصة ، بقدر الاقل منهما ، بحيث يكون المقرض وهو المشترى دائنا للمقترض وهو البائع ، بمبلغ خمسمائة جنيه ٠

والمقاصة على انواع ثلاثة ٠ فهى اما قانونية ، تقع بحكم القانون متى توافرت شروطها ، واما قضائية ، تجرى امام القضاء ، واما اتفاقية ، يستطيع الافراد ان ينظموها بارادتهم ويحددوا شروطها ٠

شروط المقاصة القانونية :

١ - التقابل بين الالتزامات ، بمعنى ان يكون كل من طرفى المقاصة دائنا للأخر بصفته الشخصية ٠ اذ لا يجوز للوكيل مثلا ان يتمسك بالمقاصة بين حق موكله ودينه هو ٠

---

(١) وتنص المادة ٣٦١ على ان « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا او كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » ٠

٢ ـ التماثل فى محل الدينين ، اذ يجب ان يكون محل الدينين متحدا • فالمقاصة لا تقع الا بين النقود وفيما بين المثليات • ولا يكفى التماثل فى النوع بل يجب ان يتحدا ايضا فى الجودة • فلا مقاصة بين التزام بتوريد قمح والتزام بتقديم قطن مثلا • ولا بين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل (١) •

٣ ـ خلو الدينين من النزاع ، يلزم ان يكون كل من الدينين خاليا من النزاع، اى ان يكون محققا فى وجوده معلوما فى مقداره • فلا تقع المقاصة اذا كان احد الدينين محل منازعة جدية فى صحة نشأته أو فى تحديد مقداره ، مثل دين تعويض عن ضرر قبل تقدير التعويض •

٤ ـ ان يكون كل من الدينين مستحق الاداء فلا تقع المقاصة بين دين حال ودين مؤجل ، او بين دينين مؤجلين •

٥ ـ يلزم ان يكون الدينان صالحين للمطالبة القضائية : يجب ان يكون كل من الدينين جائزا اقتضاؤه جبرا على المدين بالقضاء ، فلا تقع المقاصة بين دين طبيعى وآخر مدنى لان الدين الطبيعى لا جبر فى ادائه ، ولا تصح ايضا بين دين طبيعى ودين طبيعى آخر •

٦ ـ قابلية كل من الدينين للحجز ، اذ يجب ان يكون كلا الدينين قابلا للحجز لان المقاصة وفاء اجبارى • فمثلا اذا اقرض زوج زوجته مبلغا من المال ، ثم حكم لها بالنفقة عليه ، لم تقع المقاصة بين حق الزوج الناشىء من القرض ودين النفقة المتوجب عليه • ويجب فى هذه الحالة ان يوفى بدين النفقة ، ثم يرجع بحقه على زوجته ، كذلك لا تجوز المقاصة بين اجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل لرب العمل •

---

(١) البدراوى ص ٣٩٧ • Starck P. 720

الديون التى تقع فيها المقاصة :

القاعدة ان المقاصة تقع فى كل الديون ايا كان مصدرها او سببها ، فهى سبب لانقضاء كافة الالتزامات عقدية كانت ام غير عقدية ، فهى تجوز بين دين مصدره عقد واخر مصدره عمل غير مشروع ·

ولا يهم اختلاف مكان الوفاء فى الدينين ، فيجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ولكن يجب عليه فى هذه الحالة ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله من دين فى المكان الذى عين لذلك (م ٢٦٣) ·

الا ان المشرع منع وقوع المقاصة فى بعض الديون لاسباب معينة ، تلك الديون هى :

١ ـ لا تجوز ان تقع المقاصة اذا كان حد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده ، كأن ينتزع الدائن ما يماثل حقه عنوة او خفية من يد المدين ، فليس للدائن هنا ان يتمسك بالمقاصة بين التزامه لدى المدين وما وجب فى ذمته بسبب انتزاعه دون حق ·

٢ ـ كذلك تمتنع المقاصة اذا كان احد الدينين شيئا مودعا او معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده · فلا يجوز للمودع لديه مبلغا نقديا ان يتمسك بالمقاصة اذا اصبح دائنا للمودع بمبلغ من النقود ويمتنع عن رد الوديعة ، وذلك احتراما لما ينبغى ان يسود التعامل من تبادل الثقة (١) ·

آثار المقاصة :

ـ لاتقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، ولا يجوز للقاضى ان يقضى بها من تلقاء نفسه ، ولكن اذا تمسك بها صاحب المصلحة وجب على القاضى ان يحكم بها ما دامت قد استكملت شروطها ·

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٧٤ ·

ولا يجوز النزول عن المقاصة مقدما اى قبل ثبوت الحق فيها ، اما اذا ترتب الحق فى المقاصة كان لذى المصلحة ان ينزل عن التمسك به ، ولذلك لا يصح للمدين ، عند عقد الدين ان ينزل مقدما عن المقاصة .

- يترتب على التمسك بالمقاصة بين الطرفين انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما ، فهى وفاء مزدوج ، وكل من الطرفين يوفى ما عليه من دين للاخر مما هو دائن له به . واذا كان الدينان غير متساويين انقضى الدينان بقدر الاقل منهما ، وفى هذه الحالة يستوفى صاحب الدين الاكبر حقه بصفة جزئية (١) .

- ولا يجوز ان يترتب على وقوع المقاصة اضرارا بحقوق كسبها الغير ، واورد القانون تطبيقين لهذه القاعدة :

١ - اذا اوقع الغير حجزا تحت يد المدين ثم اصبح المدين دائنا لدائنه ، فلا يجوز له ان يتمسك بالمقاصة اضرارا بالحاجز ، ومؤدى هذا ان الدين المحجوز لا يجوز القصاص فيه شأنه فى هذا شأن الدين غير القابل للحجز ولا يشترط فى هذه الحالة ان يترتب دين المدين فى ذمة

---

(١) ويرجع انقضاء الدينين الى الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ويترتب على ذلك : -

١ - تنقطع منذ ذلك الوقت - وليس من وقت التمسك بالمقاصة - الفوائد التى ينتجها الدين وتنقضى كذلك التأمينات التى تضمن الوفاء به .

٢ - اذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى اصبحت فيه المقاصة ممكنة (م ٣٦٥ ، ٣٦٦) .

- اذا تعددت الديون التى يمكن فيها المقاصة ، تعين الدين الذى يقع فيه المقاصة وفقا للقواعد التى يتعين بها محل الوفاء (م ٣٦٦) .

دائنه بعد الحجز ، بل تمتنع المقاصة كذلك ولو كان الدين قد نشأ من قبل ، ما دامت شروطها لم تتوافر عند توقيعه (١) ٠

٢ - اذا حول الدائن حقه الى الغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين ان يتمسك قبل المحال اليه بالمقاصة التى كان له ان يتمسك بها قبل قبوله الحوالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل (م ٣٧٨) ٠

المبحث الرابع

اتحاد الذمة

يتحقق اتحاد الذمة عندما تجتمع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة الى دين واحد ٠ وتنص المادة ٣٧٠ على انه اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ٠

وغالبا ما يقع اتحاد الذمة بسبب الميراث او الوصية ، فاذا مات الدائن وورثة المدين ،تجتمع فى هذا الاخير صفتا الدائن والمدين ، أى يصبح دائنا لنفسه وينقضى دينه عن طريق اتحاد الذمة ٠ ونفس الحكم اذا كان الدائن قد اوصى لمدينه بجزء من التركة ، فينتقل الدين الى المدين الوارث ، وينقضى بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ٠

وقلما يقع اتحاد الذمة بين الاحياء ، ومن امثلته ان تشترى احدى الشركات السندات التى اصدرتها ٠

---

(١) مادة ٣٦٧ / ٢ ، المذكرة الايضاحية ج ٣٠ ص ٢٨٦ (انما يجوز للمدين ، الذى اوقع الحجز تحت يده ، فامتنع عليه التمسك بالمقاصة ، ان يوقع حجزا تحت يد نفسه ، ليشترك مع الدائن الحاجز فى اقتسام الدين المحجوز قسمة غرماء ، استيفاء لحقه من الدين الذى فى ذمته) ٠

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ، فقد يقع اتحاد الذمة فى الدين بتمامه ، كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، وقد يقع اتحاد الذمة فى جزء من الدين ، كما لو ورث المدين نصف تركة الدائن (١) .

اما اذا زال السبب الذى ادى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعى ، عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (م ٣٧٠) ، وذلك كما لو بطلت وصية الدائن للمدين ، التى اتحدت بسببها الذمة فى الدين ، عاد الدين الى الوجود بجميع توابعه وذلك باثر رجعى .

---

(١) توفيق فرج ص ٢٤٥ .

الفصـــل الثـــالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

ينقضى الالتزام دون ان يقوم المدين بالوفاء او ما يعادل الوفـاء فى حالات ثلاث هى : الابراء ، استحالة التنفيذ ، التقـادم المسـقط . ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا .

المبحث الاول

الابـــــراء

La remise de dette

الابراء هو تنـازل الدائن عن حقه بـدون مقابل ، فهـو تبـرع ينقضى به الدين وتبرأ ذمة المدين دون ان يحصـل الدائن على شيىء .

والابـراء تصرف قانـونى يتم على سبيل التبـرع ، ويتم بارادة واحدة هى ارادة الدائن ، ودون حاجة الى قبول المدين ، بل يكفى مجرد علمه به . وان كان للمدين ان يرفض الابراء ،فيزول ماله من اثر .

ويعد الابـراء هبة غير مبـاشرة ومن ثم فهو لا يخضـع لاى شرط شكلى ، ولكن تنطبـق عليه الاحكام الموضوعيـة للتبرعـات ، فيجـب ، مثلا ، ان يكون الدائن اهلا للتبرع (١) .

ويترتب على الابراء انقضاء الدين بالقدر الذى تناوله . وينقضى مع الدين تبعا له كافة تأميناته العينية او الشخصية .

---

(١) سليمان مرقص ص ٥٠٠ .
Alex weill P. 1088

المبحث الثـانى

استحالة التنفيذ

Impossibilité d'éxecution

تنص المادة ٣٧٣ على ان ينقضى الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبى لايد له فيه .

والمقصـود بالاسـتحالة التى ينقضى بها الديـن هى الاستحالة المطلقة اى التى تجعـل الوفاء بالالتـزام غير ممكن البتة ، ولا يكفى ان يكون الالتزام مرهقا طالما انه لازال ممكنا ، ففى هذه الحالة لا ينقضى الالتزام ، بل يمكن تخفيفه تطبيقا لنظرية الظرو فالطارئة .

والاستحالة قد تكون مادية كهلاك الشيىء المبيع او اصابة المقاول بمرض يمنعـه من تنفيذ التـزامه ، وقد تكون الاستحالة قانونية كنزع ملكية العقار الذى التزم المدين بنقل ملكيته .

ويشترط ان ترجع استحالة التنفيذ الى سبب اجنبى لا يد للمدين فيه ، كقوة قاهرة او حادث فجائى او خطأ الدائـن او فعـل الغير ، اما ان كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين لم ينقض الالتزام وانمـا يجب تنفيذه عن طريق التعويض .

ويجب على المدين ان يثبت السبب الاجنبى الذى ادى الى انقضـاء الالتزام .

ويترتب على استحالة التنفيذ انقضاء الالتـزام وبراءة ذمة المدين منه ، ولا يمكن مساءلة المدين بالتعويض عنه لان الاستحالة لا ترجع الى فعله . وتنقضى مع الالتـزام توابعه ، كالتأمينـات العينية والشخصية التى كانت تضمنه .

المبحث الثالـث

التقـادم المسقط

يلعد التقادم المسقط سـببا من اسباب انقضـاء الالتـزام دون الوفاء به ، وهو عبارة عن انقضاء الحق اذا مضت عليه مدة معينة دون

ان يطالب الدائن به او دون ان يستعمله صاحبه • فالتقادم يفترض مضى مدة معينة دون ان يطالب الدائن المدين بالدين عند استحقاقه • وبانقضاء هذه المدة يستطيع المدين ان يدفع اى مطالبة للدائن بالتمسك بالتقادم المسقط •

ويعمل بنظام التقادم المسقط على السواء بالنسبة للحقوق الشخصية والحقوق العينية فيما عدا حق الملكية • اما التقادم المكسب فانه يرد على الحقوق العينية فقط ، فهو يؤدى الى كسب الحق العينى بالحيازة المستمرة لمدة معينة • واذا كان التقادم المسقط يفترض وضعا سلبيا هو عدم مطالبة الدائن بالحق ، فان التقادم المكسب يستلزم وضعا ايجابيا هو الحيازة •

ويجد التقادم المسقط اساسه فى فكرة المصلحة العامة ، حيث يتطلب الامن والاستقرار الجماعى منع المطالبة بالحقوق التى يسكت الدائن عن المطالبة بها مدة طويلة وذلك لوضع حد للمنازعات • اذ يهدف القانون الى حماية الاوضاع التى استقرت لمدة طويلة (١) •

نتناول اولا انواع التقادم على ضوء المدد التى يتقادم كل نوع من انواع الحقوق ، ثم نعرض لكيفية حساب هذه المدد قبل ان نتناول كيفية اعمال التقادم وآثاره •

المطلب الاول

انواع التقادم

(مدة التقادم)

اولا : ـ القاعدة العامة فى التقادم (التقادم العام ـ ١٥ سنة) :

وضعت المادة ٣٧٤ مبدأ عام مقتضاه ان الالتزامات تتقادم بمضى خمس عشرة سنة • فهذه القاعدة تنطبق على جميع الالتزامات الا ما ورد

---

(١) Starck P. 720

اسماعيل غانم ص ٤٣٢ •

G. Goubean P. 1054

بشأنها نص خاص . أى فيما عدا الاستثناءات التى سنعرض لها فيما يلى والتى تتقادم بمدد اقصر .

ثانيا : -التقادم الخمسى :

هناك طائفة من الحقوق تسقط بمضى خمس سنوات وهى :

١ - الحقوق الدورية المتجددة :

تتقادم تلك الحقوق بمضى خمس سنوات . والحقوق الدورية هى التى تستحق فى مواعيد دورية معينة ، فهى تتكرر بانتظام كل فترة زمنية كأسبوع أو شهر أو سنة ويقصد بالتجدد ان يكون الحق مستمرا لا ينقطع ما دام مصدره قائما دون ان ينتقص من الاصل كالفوائد .

وقد اورد القانون امثلة للحقوق الدورية المتجددة وهى اجرة المبانى والاراضى الزراعية والفوائد والمهايا والاجور والمعاشات (١) .

٢ - حقوق اصحاب المهن الحرة

تنص المادة ٣٧٦ على ان تتقادم بخمس سنوات حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمين ، على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من اعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات .

فحقوق اصحاب المهن المذكورة فقط هى التى تتقادم بخمس سنوات ، اما بالنسبة لغير هؤلاء ، فلا يسقط الحق الا بالتقادم العادى ، كحق المؤلف قبل الناشر ، وحق المحاسب ، وحق الفنان .

على انه اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة (م ٣٧٩ / ٢) .

٣ - حقوق الدولة قبل الممولين (الضرائب والرسوم) :

تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة (م ١

---

(١) جلال العدوى ص ٣١٨ .

من القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣) ٠ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الاوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى جررت فى شأنها ، هذه الاوراق ، او من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة ٠

ويتقادم بثلاث سنوات الحق فى المطالبة برد هذه الرسوم والضرائب التى دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها ٠

ولا تخل الاحكام السابقة باحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة (م ٣٧٧) ٠

٤ ـ الحقوق التجارية :

تنص المادة ١٩٤ تجارى على ان كل دعوى متعلقة بالكمبيالات او السندات التى تحت اذن ، وتعتبر عملا تجاريا ، او بالسندات لحاملها ، او بالاوراق المتضمنة امرا بالدفع ، او بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها ، وغيرها من الاوراق المحررة لاعمال تجارية ، يسقط الحق فى اقامتها بمضى خمس سنين ، اعتبارا من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع ، او من يوم عمل البروتستو ، او من يوم آخر مرافعة بالمحكمة ، ان لم يكن صدر حكم او لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد ٠ وانما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على انه لم يكن فى ذمتهم شيىء من الديون اذا دعوا للحلف ، وعلى من يقوم مقامهم او ورثتهم ان يحلفوا يمينا على انهم معتقدون حقيقة انه لم يبق شيء مستحق من الدين ٠

ويسرى التقادم الخمسى كذلك على دعاوى الشركة طبقا للمادة ٦٥ تجارى ٠

ثالثا : التقادم الثلاثى :

يتقادم بثلاث سنوات ما يستحق للافراد قبل الدولة ، اذ تنص المادة ٣٨٧ / ٢ على ان يتقادم بثلاث سنوات الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ٠ ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها ٠

وهناك حالات اخرى لتقادم الحقوق بثلاث سنوات ، نص عليها القانون فى مواطن متفرقة مثل سقوط الحق فى ابطال العقد بثلاث سنوات من يوم زوال سبب نقص الاهلية او تكشف عيب الرضا (الغلط او التدليس ٠٠٠) (م ١٤٠) ٠ ويسقط الحق فى التعويض عن العمل غير المشروع بثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه (م ١٧٢) ٠

رابعا : التقادم الحولى : (١)

تنص المادة ٣٧٨ على ان تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

١ — حقوق التجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون فى هذه الاشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم ٠

ب — حقوق العمال والخدم والاجراء من اجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات ٠

ويقوم التقادم الحولى على قرينة الوفاء (٢) ، فالقانون يفترض ان صاحب الحق قد استحق حقه خلال سنة ، ويترتب على ذلك :

● يجب على من يتمسك بان الحق قد سقط بالتقادم الحولى ان يحلف اليمين على انه قد وفى الدين فعلا ٠ وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، فاذا كان المدين قد توفى ، توجه الى ورثة المدين او أوصيائهم ، ان كانوا قصروا بانهم لا يعلمون بوجود الدين او يعلمون بحصول الوفاء ، وتسمى هذه اليمين بيمين الاستيثاق ٠

● لا يستطيع المدين التمسك بالتقادم المسقط اذا اقر المدين بوجود الدين او بعدم الوفاء ، او اقتنع عن حلف اليمين السابقة ٠

● اذا حرر سند بحق من الحقوق المذكورة فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة (م ٣٧٩ / ٣) ٠

---

(١) Alex weill P. 1102

(٢) اسماعيل غانم ص ٤٤٠ ٠

المطلب الثانى

كيفية حساب مدة التقادم

بدء سريان مدة التقادم :

يبدأ سريان التقادم من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء ، ما لم ينص القانون على نص خاص (م ٣٧١) ، ذلك انه من يوم استحقاق الدين يستطيع الدائن ان يطالب بحقه ، ولا يختلف الحكم اذا كان الدين معلقا على شرط فاسخ او مقترنا باجل فاسخ ، اما اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف او مضافا الى اجل واقف ، فانه لا يعتبر مستحق الاداء ولا تسرى مدة التقادم الا من يوم تحقق الشرط او انقضاء الاجل (م ٣٨١ / ٢) .

وتحسب مدة التقدم بالايام لا بالساعات ، لذلك لا يحسب اليوم الاول لانه لا يكون كاملا ، وتكمل المدة بانقضاء اليوم الاخير ، واذا وقع آخر ايام المدة فى عطلة عيد او موسم لا يتيسر اتخاذ الاجراء فى خلالهما ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ووقف سريان التقادم الى اليوم التالى (م ٣٨٠) (١) .

وقف التقادم

قد تعرض امور معينة تجعل من المتعذر على الدائن ان يطالب بحقه ، فهنا يقف سريان مدة التقادم طالما وجد المانع . واذا زال عاد سريان التقادم من جديد ، ولكن لا تحسب فيه المدة التى كان موقوفا فيها ، وتضم المدة السابقة على الوقف الى المدة اللاحقة له . وترجع اسباب وقف التقادم الى فكرة واحدة هى تعذر مطالبة الدائن بحقه سواء لوجود مانع او لنقص اهليته (م ٣٨٢) .

١ - وجود مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ، وهذا المانع قد يكون ماديا كقيام حرب او ثورة ، وقد يكون المانع ادبيا ، كقيام صلة قرابة او زوجية او اية صلة اخرى يتحقق فيها سبب من

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٢٥ .

الاسباب الادبية النفسية التى تحول بين الدائن وبين مطالبة المدين ، وذلك كالعلاقة بين الاب والابن ، والزوج وزوجته ، والخادم مخدومه ، والاصيل والنائب . ويرجع الى القاضى سلطة تقدير طبيعة هذه العلاقة وهل يتوافر فيها الاحترام والثقة والرهبة التى يستحيل معها على الدائن ادبيا ان يطلب بحقه (١) .

٢ ــ نقص الاهلية : تنص المادة ٣٨٢ / ٢ على أنه لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الاهلية ، او فى حق الغائب او فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

فالتقادم لا يقف هنا الا اذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ، والا يكون هناك ممثل قانونى للدائن .

انقطاع التقادم :

اذا كان وقف التقادم لا يمنع من احتساب المدة السابقة على الوقف ، فان قطع التقادم يؤدى الى زوال تلك المدة ، بحيث يبدأ سريان تقادم جديد ، لا تحتسب فيه المدة السابقة ، بعد انتهاء الاثر الذى ترتب عليه الانقطاع (٢) .

واسباب قطع التقادم اما ان تكون من جانب الدائن واما من جانب المدين .

١ ــ من جانب الدائن ، ينقطع التقادم اذا قام الدائن بالمطالبة القضائية ، أى اقامة الدعوى بالحق امام القضاء ، ويجب ان يتم ذلك بصحيفة دعوى صحيحة ، وهى تقطع التقادم حتى لو رفعت امام محكمة غير مختصة .

وطبقا لنص المادة ٣٨٣ ينقطع التقادم ايضا بالتنبيه الذى يسبق الحجز ، وبالحجز سواء كان حجزا تنفيذيا او حجزا تحفظيا ، وأخيرا

---

(١) نفس الموضع .

(٢) G. Goubeaux P. 1057

بالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليسة مدينه او فى الاشتراك فى توزيع ما نتج عن التنفيذ على مال المدين .

٢ - من جانب المدين ، ينقطع التقادم اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنيا ، كأن يقوم بدفع الفوائد او جزء من الدين او ان يقدم للدائن تأمينا شخصيا او عينيا لضمان حقه .

ويترتب على انقطاع التقادم الغاء المدة السابقة ، ويبدأ احتساب تقادم جديد من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع .

والاصل ان مدة التقادم الجديد هى نفس مدة التقادم الاول الذى انقطع ، ولكن يستثنى من هذه القاعدة حالتان .

١ - اذا كان الحق مما يتقادم بسنة واحدة ، وانقطع تقادمه باقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة .

٢ - اذا قطع التقادم السابق (ايا كانت مدته) عن طريق المطالبة القضائية وصدر حكم بالدين وحاز قوة الامر المقضى ، فان مدة التقادم الجديد تكون خمس عشرة سنة .

آثار التقادم

لا تستطيع المحكمة ان تقضى بانقضاء الدين بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب ان يتمسك به المدين او من له مصلحة فى ذلك ، فانقضاء الدين امر يتعلق بالمصلحة الخاصة للمدين . ويجوز له ان يتنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه .

ويجوز التمسك بالتقادم فى اية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام محكمة الاستئناف ، وانما لا يجوز التمسك به لاول مرة امام محكمة النقض .

ويترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ولكن يختلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين . اى ان اثر التقادم يقتصر على رابطة المسئولية ،

اما رابطة المديونية فتظل قائمة (١) . فلا يكون للدائن ان يجبر المدين على الوفاء ، ومع ذلك يكون للمدين ان يوفى من تلقاء نفسه ، ولا يعد بذلك متبرعا ، ولا يستطيع ان يسترد ما ادى عن بينة واختيار (٢) .

ويكون للتقادم أثرا رجعيا ، بمعنى ان الالتزام ينقضى من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت استكمال مدته ، فقد نصت المادة ٣٨٦ / ٢ – تطبيقا لذلك – على انه اذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات .

---

(١) Alex weill P. 1111

(٢) Carbonnier P. 517

القسم الثالث

الاثبـــات

La preuve

مقدمة

تعريف الاثبات :

الاثبات بمعناه القانونى هو الاثبات القضائى ، أى اقامة الدليل امام القضاء ، بطريقة من طرق الاقناع التى يحددها القانون ، على صحة واقعة متنازع فيها ٠

والاثبات القانونى يختلف عن الاثبات بمعناه العام وذلك كالاثبات العلمى او الاثبات التاريخى ، والذى يتمثل فى البحث عن الحقيقة المجردة بكافة الطرق ، فهو لا يكون امام القضاء ولا يتقيد بوسائل محددة (١) ٠

والاثبات القضائى لا ينصب على الحق المتنازع فيه ، وانما ينصب على الواقعة القانونية مصدر هذا الحق ٠ هذه الواقعة قد تكون تصرفا قانونيا ، كعقد البيع او الايجار ، وقد تكون واقعة مادية كعمل غير مشروع يترتب عليه الزام فاعله بالتعويض ٠

وللاثبات اهمية بالغة فى الحياة العملية ، فصاحب الحق لا يستطيع المطالبة به امام القضاء الا اذا اقام الدليل على وجوده ٠ فالحق يعتبر فى حكم العدم ويتجرد من كل قيمة اذا لم يقم الدليل على الحادث المنشىء له ، والواقع ان الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه (٢) ٠

مذاهب الاثبات :

وتسرى قواعد الاثبات على جميع الوقائع القانونية المنشئة للحقوق ، سواء كانت هذه الحقوق مالية او غير مالية كالحقوق الناشئة عن الزواج والنسب ٠ وهى تمتد الى جميع الآثار القانونية ، سواء

---

(١) عبد الودود يحى ، دروس فى قانون الاثبات ص ٣ ٠
توفيق فرج ، قواعد الاثبات ص ٦ ٠
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٤٩ ٠

تعلقت تلك الآثار بقيام الحقوق ام بانقضائها ام بانتقالها ، كما ان تلك القواعد تنطبق امام القضاء المدنى والتجارى وتسرى على العديد من فروع القانون ·

وتختلف الشرائع فى تنظيم الاثبات ، ويمكن القول بان هناك نظم ثلاثة فى عملية الاثبات :

١ ـ مذهب الاثبات القانونى او المقيد :
حيث يحدد القانون الطريقة التى يتم بها اثبات الحق ، فلا يجوز للخصم اثبات الحق الذى يدعيه باى طريقة أخرى ، وعلى القاضى ان يلتزم بهذه الطرق وبالقيمة التى يعطيها القانون لكل دليل من ادلة الاثبات ·

٢ ـ مذهب الاثبات الحر أو المطلق :
حيث يمكن اثبات الحق بأى وسيلة ، ويكون للقاضى سلطة واسعة فى الوصول الى الحقيقة بأى طريقة يراها مؤدية الى اقناعه دون ان يتقيد بطريقة معينة كالكتابة او غيرها · فالقاضى يلعب دورا ايجابيا فى تسيير الدعوى وتكوين الادلة التى تنم عن الحقيقة (١) ·

٣ ـ مذهب الاثبات المختلط :
حيث يوفق بين المذهبين السابقين ، حيث يجمع بين مزاياهما ويتلافى ما فيهما من عيوب ·

فالاثبات الحر وان كان يفسح المجال امام القاضى للوصول الى الحقيقة الا ان تلك الحرية الواسعة قد لا تخلو من التحكم والخطأ ، اما الاثبات المقيد فهو يؤدى الى الاستقرار فى المعاملات والثقة والمساواة بين المتقاضين ، الا انه يجعل القاضى كالالة لانعدام سلطته التقديرية ·
لذا فان المذهب المختلط يجمع بين الاثبات المطلق والاثبات المقيد · وتأخذ بهذا المذهب معظم القوانين (٢) بما فى ذلك القانون المصرى الذى

---

(١) Enc. Dalloz, preuve n. 7 ، سليمان مرقص ، الاثبات بند ٤ الصدده ، الاثبات بند ٩ ·
(٢) G. Goubeaux. P. 465

يفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية • ففى المسائل المدنية ، لا يسمح الا بطرق محددة للاثبات ، اما فى المسائل التجارية فحرية الاثبات هى الاصل وذلك للسرعة التى تقتضيها هذه المعاملات (١) •

خطة الدراسة :

نقتصر فى هذا المجال على دراسة المبادىء العامة فى الاثبات•

---

(١) احمد نشأت ، رسالة الاثبات ص ٣٠ •

المبادىء العامة فى الاثبات

- مبدأ حياد القاضى
- محل الاثبات
- عبء الاثبات ـ الحق الاثبات

الفصل الاول

مبدأ حياد القاضى

من المفروض بداهة ان القاضى لا يتحيز لاحد الخصوم ، بل ان يفصل فى الطلبات التى يقدمها الخصوم على ضوء الادلة التى يتقدمون بها لاثبات هذه الطلبات او الحقوق المتنازع عليها ، فليس من وظيفة القاضى ان يساهم فى جمع الادلة او ان يستند فى حكمه الى علمه الشخصى ، اذا كان يعلم واقعة معينة تتعلق بالدعوى (١) ٠

الا ان حياد القاضى لا يعنى سلبيته بل ان له دورا ايجابيا فى تسيير الدعوى وتصحيح شكلها والحكم بقبول او رفض ادلة الاثبات وتقييمها ٠ فاذا كان عليه ان يحترم قواعد الاثبات المقبولة قانونا ، الا ان له سلطة تقديرية فى تفضيل قول خبير على آخر او شاهد على شاهد آخر (٢) ٠ ويجوز للقاضى ان يستجوب الخصوم ويستدعى شهودا للشهادة ويوجه اليمين وينتقل للمعاينة (٣) ٠

وينعكس اثر مبدأ حياد القاضى على حق الخصوم فى الاثبات ، اذ ان لهم تقديم الادلة اللازمة لاثبات الحقوق المتنازع عليها وعلى القاضى ان يقف موقفا حياديا بين الخصوم وان يمكن كل منهما من اثبات ما يدعيه ٠ فلكل خصم ان يقيم الدليل على حقه وللخصم الآخر الحق فى اثبات عكس ذلك ، وللقاضى دورا ايجابيا فى تقدير هذه الادلة (٤) ٠

---

(١) السنهورى ٢ ص ٣٣ ، عبد الباسط جميعى ص ٧٨ ٠
(٢) احمد ابو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الاثبات ص ٢٠ ٠
(٣) انظر المواد ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١١٩ ، ١٣١ من قانون الاثبات ٠ نقض ١٥ مارس ١٩٧٧ رقم ٦٦٠ س ٤٢ ق ٠
(٤) نقض ١٣ فبراير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٣٣٧ ، نقض ١٣ فبراير ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٣٤١ ٠

الفصل الثانى

محل الاثبات

الحق ومصـــدره :

الاثبات لا يرد على الحق المطالب به وانما يرد على مصدر هذا الحق أى على الواقعة القانونية التى ترتب عليهـا هذا الحق ٠ فمن يطـالب شخص بدين ، عليه ان يثبت العقـد او الفعل مصـدر هذا الدين ٠ اذ يتعين ان يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها ، متى نوزعت هذه الواقعة او انكرت صحتها ، فالجوهرى فى هذا الصدد هو ان الاثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها ، بوصفها مصدرا للحق او الالتـزام ، دون هذا الالتزام او ذلك الحق (١) ٠

الواقع والقانون :

اذا كانت الواقعة القانونية هى مصـدر الحق ، فان القـانون اى القاعدة القانونية هى التى تقرر ذلك ٠

والواقعة القانونية اما ان تكـون واقعة ماديـة كالوفاة والفعـل الضار وما يترتب عليهما من حق فى الميراث وحق فى التعويض ، وامـا ان تكون تصرفا قانونيا كالبيع والايجار والوصية ٠

والحكم الذى يصدره القاضى هو تطبيق القانون على الواقع الذى يثبته الخصوم امامه ٠ فالاثبات لا يرد على الوقائع والظروف التى يوجد فيها الشخص والتى تبيح تطبيق القاعدة القانونية ٠

فاذا اثبت المدعى الواقعة القانونية التى تعتبر مصدرا لحقـــه ، فان القاضى يحكم له دون ان يكلفه باثبات القاعدة القانونية التى تقرر هذا الحق ٠ فالقاعدة القانونية واجبة التطبيق ليست محلا للاثبـات ، لان القاضى ينبغى عليه ان يعلم بها ، وعليه وحده ان يبحث عنها ٠

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٤٩ ٠

ولا ينفى هذا مكنة قيام الخصوم بتفسير القاعدة القانونية على النحو الذى يتفق ومصلحتهم فى الدعوى (١) ٠

الا انه استثناءا من ذلك فانه على الخصوم اثبات القاعدة اذا ما اتخذت صورة عادة اتفاقية ، وعلى من يستند اليها ان يقوم باثباتها ٠

وكذلك الحال اذا كانت القاعدة القانونية واجبة التطبيق هى قاعدة قانون اجنبى تقضى قواعد الاسناد بتطبيقها ، فانها تأخذ حكم الواقعة القانونية وينبغى على الخصوم اقامة الدليل عليها (٢) ٠

شروط الواقعة القانونية محل الاثبات :

ذكرنا ان لكل خصم الحق فى اثبات الواقعة القانونية التى تكون اساسا للحق المتنازع عليه ٠ الا انه ليس معنى ذلك امكان اثبات اية واقعة ، اذ لابد من توافر شروط ثلاثة فى الواقعة المراد اثباتها تلك الشروط تتبلور فى نص المادة الثانية من قانون الاثبات ، اذ تقضى بأنه « يجب ان تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ، وجائزا قبولها » ٠ ونتناول هذه الشروط بايجاز ٠

١ ـ يجب ان تكون الواقعة متعلقة بالدعوى :

اذ ينبغى ان تكون الواقعة المراد اثباتها ذات صلة بالحق المتنازع فيه لكى يؤثر ثبوتها فى الفصل فى الدعوى ، اما ان كانت مقطوعة الصلة بموضوع الدعوى ، فلا جدوى من وراء هذا الاثبات حرصا على وقت القضاء فاذا طالبك شخص بدين ، فلا يصح لك ان تثبت انك دفعت دينا آخر لا علاقة له بالدين موضوع الدعوى ٠

٢ ـ يجب ان تكون الواقعة منتجة فى الاثبات :

أى ينبغى ان تكون الواقعة مفيدة فى الدعوى ، بمعنى ان

---

(١) السنهورى ج ٢ ص ٥٠ ٠

(٢) نقض ٢٣ مايو ١٩٦٢ س ١٣ ص ٦٥٢ ، ٢٦ يوليو ١٩٦٧ س ١٨ ص ١٤٩٣

اثباتها يؤدى الى اقناع القاضى باحقية الطلب المتنازع عليه ، ولا تكون الواقعة منتجة الا اذا كانت متعلقة بالدعوى ٠ وتقدير ذلك يعتبر من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع (١) ٠

والاثبات لا يكون مجديا الا اذا كانت الواقعة متنازع فيها ، اما ان كان هناك تسليم واعتراف بالواقعة فانه لا يكون هناك محل لاثباتها ٠

٣ - يجب ان تكون الواقعة جائزة الاثبات قانونا :

فالواقعة التى لا يجوز اثباتها عقلا او قانونا لا يمكن ان تكون محلا للاثبات ٠

فالواقعة قد تكون مستحيلة ، مما لا يتصور معه محاولة اثباتها ، كمن يدعى بنوته لشخص اصغر منه فى السن ٠ وكذلك الحال بالنسبة للواقعة المطلقة غير المحددة ، اذ لا يجوز ان تكون محلا للاثبات، كمن يريد ان يثبت أنه لم يكن مدينا لاى شخص فى أى وقت (٢) ٠

ومن جهة اخرى فان القانون قد يمنع اثبات الواقعة وذلك لاسباب تتعلق بالنظام العام او الآداب ، فلا يقبل اثبات دين قمار او علاقة جنسية غير مشروعة ٠

---

(١) نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٢٩٦ ، ٢٥ ديسمبر ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٣٤٤ ، ٢ ابريل ١٩٧٠ س ٢١ ص ٥٥٩ ٠

(٢) سمير تناغو ، النظرية العامة فى الاثبات ص ٦٥ ، السنهورى ص ٦٤ ، الصده ص ٣١ ٠

الفصل الثالث

عبء الاثبات ــ الحق فى الاثبات

عبء الاثبات :

حتى يستطيع القاضى الفصل فى موضوع الدعوى المتنازع عليه ، لابد له من ادلة كافية ، واثبات مؤكد . والسبيل الوحيد امام القاضى للقضاء بحق من الحقوق ، هو اقامة الدليل عليه من قبل الخصم الذى يطالب به .

لذلك تبدو الأهمية البالغة للاثبات بصفة عامة من الناحية العملية ، وتزداد الاهمية خطورة بصدد تحديد من يقع عليه عبء الاثبات ، فكثير من الافراد يخسرون دعواهم ــ رغم كونهم فى الواقع اصحاب حق ــ بسبب عجزهم عن اقامة الدليل امام القضاء على وجود هذا الحق .

والقاعدة العامة فى هذا المضمار هى ان عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى ، اى من يدعى خلاف الوضع الثابت اصلا او عرضا او ظاهرا .

فالاصل هو براءة الذمة ، ومن ثم فان من يدعى انه دائن لشخص آخر يكون عليه اثبات ادعائه . واذا ادعى شخص ملكيته لعقار موجود فى حيازة شخص آخر ، كان عليه اثبات ادعاءه نظرا لانه يدعى امرا مخالف للوضع الظاهر .

وقد يتدخل المشرع ليضع قرينة قانونية بصدد بعض الوقائع التى يصعب اثباتها ، فوجود هذه القرينة يكون فى صالح المدعى مما يعفيه من اقامة الدليل مؤقتا . وذلك مثل ما تنص عليه المادة ٥٨٧ من ان الوفاء بقسط من الاجرة يعد قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وكذلك بالنسبة لمسئولية حارس الحيوان وحارس الآلات الميكانيكية ، فالخطأ مفروض فى جانب هؤلاء ،

ولا يكلف المضرور باثبات التقصير ، اذ القانون يعفيه من هذا الاثبات بافتراض التقصير (١) ٠

الحق فى الاثبات :

من المسلم به ان كل من الخصوم له الحق فى اقامة الدليل على وجود وصحة الواقعة القانونية المنشئة لحقه ، وللخصم الآخر الحق فى مناقشة وتفنيد ذلك ، لانه اذا كان للمدعى ان يقيم الدليل على صحة ما يدعيه ، فيجب ان يكون للطرف الآخر الحق فى تفنيد هذا الدليل واثبات عكسه ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ المجابهة بالدليل ٠ ولا يستطيع القاضى ان يمنع الاطراف من ذلك والا كان فى هذا اخلالا بحقهم فى الدفاع يجعل الحكم مشوبا بالقصور الذى يؤدى الى نقضه (٢) ٠

ويتصل بهذا المبدأ انه لا يجوز اجبار الخصم على ان يقدم دليلا ضد نفسه ، فاذا كان لدى احد الخصوم دليلا يفيد خصمه ، فلا يجوز اجباره على تقديم هذا الدليل ، لان من حق كل خصم ان يحتفظ باوراقه الخاصة ، وليس لخصمه ان يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يريد تقديمه (٣) ٠

ومن جهة اخرى فانه لا يجوز ان يخلق الشخص دليلا لنفسه ، اذ لا يتصور ان يخلق الشخص لنفسه دليلا على الحق الذى يدعيه ، فلا يجوز ان يكون الدليل الذى يقدمه المدعى على دعواه مجرد اقواله او او ادعاءاته او ما يقدمه من محررات دونها بنفسه ٠

---

(١) توفيق فرج ص ٣٤ ، عبد الودود يحيى ١٨ ٠
جلال العدوى ، مبادىء الاثبات ص ٣٢ ٠

(٢) السنهورى ص ٣٤ ، الصده ص ٤١ ٠

(٣) نقض ١١ ابريل ١٩٤٠ ، مجموعة النقض فى ٢٥ عاما ج١ ص ٢٦ ٠

فهرســت الموضوعــات

صفحة

صفحة

صفحة

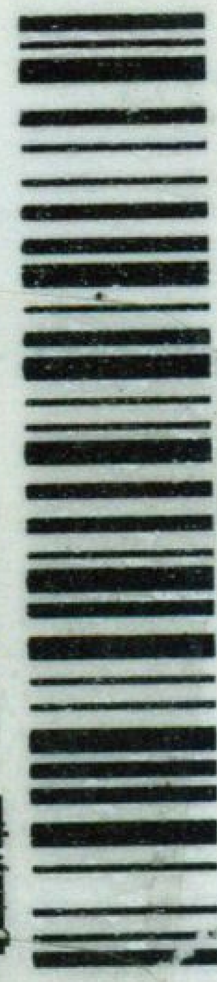
تم بحمد الله

★ ★ ★

طبع بمطبعة التقدم
٢١ شارع سيزوستريس ـ اسكندرية
تليفون : ٨٠٦٠٥٤

٧٩٢/٢٥

٧٩٢/٢٥


Bibliotheca Alexandrina
1518600